

Sentencia T-717/17



Referencia: Expediente T- 6.288.846

Acción de tutela instaurada por José Nelson Gamba Casallas contra la Policía Nacional

Magistrada Ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección A, el 17 de mayo de 2017.

I. ANTECEDENTES

El 3 de mayo de 2017, el señor Cesar Sánchez Aragón, actuado como apoderado judicial del señor José Nelson Gamba Casallas interpuso acción de tutela, para que se protejan los derechos fundamentales de su representado a la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital, la seguridad social, el derecho de petición, y el acceso a la administración de justicia; que considera, están siendo vulnerados por la entidad demandada. A continuación la Sala resumirá los hechos narrados por el accionante:

1. Hechos

1. El señor José Nelson Gamba Casallas, ingresó a prestar servicio en la Policía Nacional el 29 de abril de 1999, desempeñándose como patrullero. Fue retirado del servicio activo el 17 de febrero de 2009 por disminución de su capacidad laboral.

2. Afirmó que fue “víctima de una emboscada por parte de un grupo subversivo en el año 2006”¹, que le dejó consecuencias psicológicas como cambios de personalidad, trastornos de adaptación, delirios de persecución e irritabilidad, esquizofrenia, entre otros.

¹ Folio 1, cuaderno de única instancia.

3. El 12 de febrero de 2008, fue examinado por las autoridades médicas laborales de la Policía que definieron que tenía un 8.5% de pérdida de capacidad laboral permanente parcial, y fue declarado apto para el servicio policial.

4. Posteriormente, el señor Nelson Gamba Casallas solicitó una nueva valoración, la cual dio origen al acta de la Junta Médico Laboral No. 1402 del 3 de noviembre de 2010, en la que se le determinó una pérdida de capacidad actual del 15.32% y total de 23.82%, con origen en el servicio por causa y razón del mismo. Señala que el 27 de abril de 2012, una nueva Junta Médico Laboral emitió el acta No. 579 en la que aumentó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral total a 29.91%.

6. El apoderado del accionante sostiene que por orden judicial, proferida en otro proceso de tutela², la Junta Médico Laboral de la Policía realizó una nueva valoración al accionante, y emitió el acta No. 1989 del 22 de octubre de 2013, en la que estableció una pérdida de capacidad laboral anterior de 29.91%, actual de 32.94% y total de 62.85%, de origen común.

7. El 10 de febrero de 2014, el accionante solicitó se convocara al Tribunal Médico Laboral de Revisión, con el fin de que revocara el acta del 22 de octubre de 2013, reseñada en el numeral anterior, y en su lugar (i) se reconociera una pensión por la disminución en su capacidad laboral de un 86.67%, (ii) se determinara como fecha de estructuración de la invalidez el año 2008, (iii) se estableciera el origen de su patología como profesional. El 4 de agosto de 2014 el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, en su calidad de Presidente del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policía, autorizó la convocatoria. En consecuencia, el 19 de diciembre de 2014, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, mediante el Acta No. 14-0027 determinó una pérdida de capacidad laboral anterior del 29.91%, actual de 0% y total de 29.21%, de origen común, al señor José Gambas Casallas.

El apoderado del accionante afirmó que un funcionario de dicho Tribunal exigió dinero para obtener un porcentaje suficiente para acceder a la pensión de invalidez, y por lo tanto radicó una denuncia penal con base en dichos hechos.

8. Debido a las diferencias entre las valoraciones que le fueron realizadas, el señor José Nelson Gamba Casallas acudió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, que emitió dictamen el 15 de julio de 2016, en el que consta que tiene una pérdida de capacidad laboral de 86.50%, por patologías depresivas con trastornos crónicos de la personalidad.

² En el expediente no existe constancia de dicha providencia judicial, sin embargo la parte accionada señaló como cierto este hecho. En dicha tutela se habría cuestionado el primer porcentaje calificado por las autoridades medico laborales de la Policía Nacional.

9. El 8 de agosto de 2016, el señor Gamba Casallas radicó derecho de petición ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en el que le solicitó convalidar el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá. El 8 de noviembre de 2016, fue resuelta su petición en sentido negativo, con fundamento en las competencias consagradas en el artículo 21 del Decreto 1796 de 2000.

10. El 24 de febrero de 2017 solicitó a la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a la que considera tiene derecho, teniendo en cuenta que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó una pérdida de capacidad laboral de un 86.50%. A la fecha de interposición de la acción de tutela manifestó no haber recibido respuesta.

11. Con base en lo anterior, el apoderado del accionante solicita sean amparados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la seguridad social, al debido proceso, y al acceso a la administración de justicia de su representado, y en consecuencia, se ordene a la Policía Nacional, *“en el término de 48 horas reconozca pensión de invalidez a favor del señor Patrullero (R) JOSÉ NELSON GAMBA CASALLAS (...) teniendo en cuenta el 86.50% de la merma de la capacidad laboral determinado por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca según dictamen del 15 de julio de 2016 (...)”* como mecanismo transitorio, mientras se resuelve la acción de nulidad y restablecimiento. También solicitó ordenar a la Subdirección General de la Policía Nacional – Área de prestaciones sociales – Grupo de pensionados de la Policía Nacional, resolver de fondo la petición presentada.

2. Trámite de primera instancia y respuesta de la entidad accionada

El 5 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “A” asumió el conocimiento de la acción de tutela y, notificó al representante legal de la entidad demandada para que en ejercicio de su derecho de defensa, se pronunciara sobre la tutela interpuesta.

El 10 de mayo de 2017, la Jefe de Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, dio respuesta a la acción de tutela instaurada por el señor Gamba Casallas, y solicitó que sea declarada improcedente.

En primer lugar, señaló que el Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, dio respuesta oportuna y de fondo a la petición realizada por el accionante el 24 de febrero de 2017, el 2 de abril del mismo año³, en la cual le informó que de conformidad con el artículo 14 del Decreto 1796 de 2000⁴ los organismos

³ Adjuntó copia de la respuesta enviada al actor. Folios 64 a 69, cuaderno de primera instancia.

⁴ “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”

médico laborales Militares y de Policía, el Tribunal y la Junta Médico Laboral, son los únicos competentes dentro del régimen exceptuado de la Policía Nacional para determinar la disminución de la capacidad psicofísica, a través de acta de junta médico laboral y por ende, la calificación realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, no le es oponible a dicha institución, en los términos planteados por el actor. Sobre la petición de autorizar una nueva valoración medico laboral, le informó que enviaría una copia de la misma al Área de Medicina Laboral, por ser los competentes para el efecto.

Así pues, concluyó argumentando que la Policía Nacional no ha vulnerado el derecho de petición del accionante, y que la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que pretende el señor Gamba Casallas.

3. El fallo objeto de revisión

3.1. Sentencia de única instancia

El 17 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “A” profirió fallo de única instancia y resolvió negar por improcedente el amparo solicitado por el actor.

Argumentó que frente al derecho fundamental de petición, había ocurrido el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, porque la demandada demostró haber dado respuesta clara y de fondo a la solicitud elevada por el accionante. Sobre la pretensión de ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, estimó que el actor cuenta con medios judiciales idóneos y eficaces para resolverla; señaló también que el actor no demostró la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, de manera que tampoco era procedente conceder el amparo de manera transitoria.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

4.1. Copia del Acta de Junta Médico Laboral de Policía del 3 de noviembre de 2010, en la que se determinó que el señor José Nelson Gamba Casallas no era apto para continuar en el servicio, por contar con una disminución de la capacidad laboral actual de 15.32%, y total de 23.82%, con origen en el “*servicio, por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo (...)*” (Folios 13 a 15, cuaderno de única instancia).

4.2. Copia de dictamen de calificación de estado de invalidez emitido por la Junta Médico Laboral Regional, el 22 de octubre de 2013, en el que consta que el señor José Nelson Casallas fue calificado como no apto para el servicio, por tener una pérdida de capacidad para laboral actual de 38.94%, y total de 62.85%. Se evaluó como enfermedad común. (Folios 16 a 18, cuaderno de única instancia).

4.3. Copia del Acta suscrita por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No TML 14-0027, del 19 de diciembre de 2014, en la que se calificó al señor José Nelson Casallas como no apto para el servicio, y se estimó una pérdida de su capacidad laboral actual de 0.0% y total de 29.91%, de origen común. (Folios 19 a 24, cuaderno de única instancia).

4.4. Copia de Dictamen de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez, emitido el 15 de julio de 2016, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, en el que consta que el señor José Nelson Gamba Casallas fue calificado con un 86.50% de invalidez de origen común, y se determinó como fecha de estructuración el 18 de junio de 2013. (Folios 25 a 30, cuaderno de única instancia).

4.5. Copia del derecho de petición interpuesto ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía Nacional, el 8 de agosto de 2016, en el que mediante apoderado judicial, el accionante solicitó convalidar el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Bogotá y Cundinamarca, y en consecuencia, se envíe a la Policía Nacional para que le fuera reconocida una pensión de invalidez. (Folios 31 a 33, cuaderno de única instancia)

4.6. Copia de la respuesta emitida por el Organismo Médico Laboral de la Policía nacional, el 8 de noviembre de 2016, a la solicitud de convalidación del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en el que informó que ello no es posible, en la medida que las Fuerzas Militares y la Policía nacional tienen un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio, y por ello carece de competencia para “*ratificar actos administrativos proferidos bajo el Decreto 2463 del 2001 y 1072 del 2015, los cuales regulan el régimen laboral ordinario (...)*”. (Folios 34 y 35, cuaderno de única instancia).

4.7. Copia del derecho de petición interpuesto ante el Director General de la Policía Nacional y el Subdirector General de la misma institución, el 21 de febrero de 2017, en el que mediante apoderado judicial, el accionante solicitó le fuera reconocida pensión de invalidez, con base en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Bogotá y Cundinamarca, y se autorizara una nueva valoración médico laboral en la que se tenga en cuenta el referido dictamen. (Folios 36 a 38, cuaderno de única instancia).

4.8. Copia de constancias de ingreso del señor José Nelson Gamba Casallas a hospitalización el 15 de febrero de 2017, por 8 días, y órdenes ambulatorias de servicios en salud, de la Institución Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús, firmadas por un médico psiquiatra. (Folios 38 a 41, cuaderno de única instancia).

4.9. Copia de la epicrisis del 14 de febrero de 2017 que reseña la hospitalización del señor José Nelson Gamba Casallas en la Institución Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús, Centro de Atención Clínica La Inmaculada. En ésta, se señala como enfermedad actual cuadros psicóticos, depresión post traumática e ideas suicidas. Consta también, que el accionante ha estado hospitalizado varias veces por las mismas causas, que tuvo un episodio de intoxicación severa con fin suicida, y que se separó de su esposa, por lo que actualmente vive con su hermana. (Folios 42 a 44, cuaderno de única instancia).

4.10. Copia de la denuncia radicada el 16 de febrero de 2015 en la Oficina de Asignación de Reparto de la Fiscalía General de la Nación, en la que la entonces cónyuge del señor José Nelson Gamba Casallas, denunció los hechos en los que presuntamente, un miembro del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, les habría pedido dinero a cambio de emitir un dictamen favorable, esto es, otorgar el porcentaje, origen y fecha de estructuración necesarios para que al señor Gamba Casallas le fuera reconocida un pensión de invalidez. (Folios 45 a 51, cuaderno de única instancia).

4.11. Copia del Oficio No, S-2017-017514 del 2 de abril de 2017, suscrito por el Jefe Grupo Pensionados de la Policía Nacional, en el que dio respuesta a la petición hecha por el señor José Nelson Gamba Casallas, en la que informó que no era posible acceder a su solicitud de pensión de invalidez, porque el porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por los órganos competentes del régimen especial de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, no es igual o superior al 50%, y sobre su pretensión de ser calificado de nuevo, le informó que la enviaría al área médico laboral para lo de su competencia. (Folios 64 a 68, cuaderno de única instancia).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer el fallo objeto de revisión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), expedido por la Sala de Selección Número Ocho de esta Corporación.

2. Presentación del caso, formulación de los problemas jurídicos y metodología de la decisión

2.1. El accionante, quien actúa mediante apoderado judicial, prestó servicio a la Policía Nacional como patrullero entre el 29 de abril de 1999 y el 17 de febrero de 2009. Señala que en el año 2006 fue “*víctima de una emboscada por parte de un grupo subversivo*”⁵ en los municipios de Caparrapí y La Peña,

⁵ Folio 1, cuaderno de única instancia.

Cundinamarca, incidente en el que murieron varios de sus compañeros, y que lo afectó psicológicamente. En la actualidad se encuentra en tratamiento por estrés post traumático y trastorno depresivo recurrente, diagnóstico por el que ha estado hospitalizado en varias ocasiones, que además, le genera ideas suicidas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el accionante ha sido evaluado varias veces para determinar su pérdida de capacidad laboral:

- Dictamen del 3 de noviembre de 2010, suscrito por la Junta Médico Laboral de Policía que calificó la pérdida de capacidad laboral del señor José Nelson Gamba Casallas, en un porcentaje actual de 15.32, y total de 23.82%, con origen en el “*servicio, por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo*”⁶.
- Dictamen del 22 de octubre de 2013⁷, suscrito por la Junta Médico Laboral Regional de la Policía Nacional que determinó una pérdida de capacidad para laboral actual de 38.94%, y total de 62.85%. Se evaluó como enfermedad común.
- Dictamen del 19 de diciembre de 2014, suscrito por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No TML 14-0027, que calificó al actor como no apto para el servicio, y estableció una pérdida de capacidad laboral actual de 0.0% y total de 29.91%. En éste se determinó que no había ninguna patología establecida.
- En vista de las notables variaciones en los porcentajes de su pérdida de capacidad laboral, el señor Gamba Casallas acudió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, entidad que emitió Dictamen de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez, 15 de julio de 2016, en el que otorgó un 86.50% de invalidez de origen común, y fijó como fecha de estructuración el 18 de junio de 2013.

Con base en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, el señor Gamba Casallas solicitó, mediante derecho de petición al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía Nacional, que lo convalidara, y en consecuencia se enviara su caso al área competente para efectos del reconocimiento de una pensión de invalidez. Posteriormente, pidió al Subdirector de la Policía Nacional, que reconociera a su favor la pensión de invalidez a la que considera, tiene derecho, y en caso de que la respuesta fuera negativa, le explicara las razones por las que dicha prestación no sería procedente, y se autorizara una nueva valoración médico laboral.

La Policía Nacional, dio respuesta a los derechos de petición señalando que no podía acceder a las solicitudes del actor, porque el régimen prestacional de

⁶ Folio 14, cuaderno de única instancia.

⁷ En la narración de los hechos el apoderado del accionante señala que este segundo dictamen, fue producto de un fallo de tutela que acogió sus pretensiones. Al proceso no se allegó copia de dicha decisión judicial, pero en su contestación, la Policía Nacional lo señaló como cierto.

dicha institución es especial, y en esta medida, el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, no puede tenerse en cuenta para efectos de un reconocimiento pensional, pues de conformidad con el Decreto 1796 de 2000, las únicas autoridades que pueden determinar lo propio, son la Junta Médico Laboral de Policía, y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Sobre la pretensión de recalificación, únicamente indicó que se enviaría al área correspondiente para que la resolviera.

Por lo tanto, el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a una vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la seguridad social, el derecho de petición y al acceso a la administración de justicia, y que en consecuencia, se ordene, de manera transitoria, a la Policía Nacional, el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a su nombre, teniendo en cuenta que fue calificado con un 86.50% de pérdida de capacidad laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

La entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela oportunamente, y pidió sea declarada improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, pues considera que el accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el reconocimiento prestacional que pretende.

2.2. En única instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “A” resolvió negar, por improcedente el amparo solicitado por el actor. Sostuvo que frente a la petición de amparo del derecho fundamental de petición, había ocurrido el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, porque la demandada demostró haber dado respuesta clara y de fondo a la solicitud elevada por el accionante. Sobre la pretensión de ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a su nombre, estimó que el actor cuenta con medios judiciales idóneos y eficaces para resolverla. En lo que tiene que ver con el amparo transitorio, consideró que el accionante no demostró la eminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, de manera que desestimó también la procedencia de esta pretensión.

2.3. Teniendo claro el anterior contexto, para efectos de asumir el estudio del caso concreto, la Sala procederá de la siguiente manera: primero, determinará si el amparo solicitado es procedente, de acuerdo con los criterios trazados por la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de acreencias pensionales, y por otro lado, para el amparo del derecho de petición. De encontrarla procedente, la Sala abordará dos problemas jurídicos de manera independiente.

2.3.1. En primer lugar, deberá determinar si la Policía Nacional vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, y a una vida en condiciones dignas del señor José Nelson Gamba Casallas, al negarse a reconocer una pensión de invalidez a su nombre, argumentando que el estudio de la pérdida

de capacidad laboral del actor realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca cuyo resultado arrojó una pérdida de capacidad laboral de 86.50%, no le es oponible, en la medida que el régimen prestacional de dicha institución es especial, y está regulado en el Decreto 1796 de 2000.

2.3.2. Segundo, entrará a estudiar si la Policía Nacional vulneró los derechos de petición y seguridad social, del señor José Nelson Gamba Casallas, al no dar respuesta oportuna y de fondo a la petición radicada el 21 de febrero de 2017, sobre su recalificación. Adicionalmente, atendiendo a las notables diferencias en los porcentajes de pérdida de capacidad laboral calificados al señor José Nelson Gamba Casallas, por las autoridades medico laborales de la Policía Nacional (23.82%, 68.85% y 29.91%) y el porcentaje asignado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (86.50%), y a la variación en el origen de su pérdida de capacidad, que inicialmente fue establecida como “*en el servicio, por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo*”, para luego ser calificado como de origen común, y en virtud de las facultades con las que cuenta el juez de tutela que le permiten interpretar los hechos y pretensiones de la demanda, la Sala analizará si la Policía Nacional vulneró los derechos a la salud y a la seguridad social, del señor José Nelson Gamba, al abstenerse de autorizar una nueva calificación de su pérdida de capacidad psicofísica.

2.4. En consecuencia, la Sala se referirá (i) a los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela, haciendo especial énfasis en el principio de subsidiariedad frente al reclamo de prestaciones sociales; (ii) al régimen jurídico aplicable en materia de pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública, y las diferencias entre el sistema general de seguridad social en salud ordinario y el subsistema de las fuerzas Militares y de Policía; y (iii) al principio de integralidad aplicable a los dictámenes de pérdida de capacidad psicofísica, y la posibilidad de recalificación en el sistema de seguridad social de las Fuerzas Armadas. Finalmente; (iv) resolverá el caso concreto.

3. Estudio sobre la procedencia de la acción de tutela

3.1. De acuerdo con lo expuesto, en primer lugar, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar, si la acción de tutela interpuesta por el señor José Nelson Casallas es procedente. Para ello, primero estudiará los requisitos de legitimación en la causa e inmediatez, luego, deberá analizar, si de acuerdo con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa son idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor.

- *La acción de tutela interpuesta por el señor José Nelson Gamba Casallas es formalmente procedente*

3.2. De manera preliminar, la Sala advierte que en esta oportunidad se cumplen

todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela, esto es, la legitimación por activa y pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. A continuación la Sala expone los argumentos que sustentan dicha conclusión.

3.2.1. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 86 constitucional, todas las personas están legitimadas para interponer acción de tutela ante los jueces para la protección de sus derechos fundamentales, bien sea actuando directamente o por medio de otra persona que actúe a su nombre⁸. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁹ establece que dicha acción constitucional “*podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos*”. En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor Cesar Sánchez Aragón, quien actúa como apoderado judicial del señor José Nelson Gamba Casallas, de conformidad con el poder aportado al proceso¹⁰. Por lo tanto, se encuentra legitimado para actuar, procurando la protección inmediata de los derechos e intereses fundamentales de su poderdante.

3.2.2. En lo que tiene que ver con la legitimación por pasiva, el citado artículo 86 constitucional, señala que la acción de tutela procede contra las autoridades públicas que vulneren derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991¹¹, también expone que “[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. Así pues, la Policía Nacional está legitimada como parte pasiva en el presente proceso, pues como “*cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación*”¹², tiene a su cargo todo el personal que presta el servicio necesario para el cumplimiento de sus funciones, y en este caso se le imputa una presunta vulneración de los derechos fundamentales del ex patrullero José Nelson Gamba Casallas.

3.2.3. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un término oportuno, justo y razonable, esto es, cumplir con el requisito de inmediatez. Este requisito responde entonces, a la pretensión de “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales de este medio judicial, que implica que, pese a no existir un término específico para acudir al juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción en un tiempo razonable.

Atendiendo a lo anterior, el juez de tutela debe valorar en cada caso concreto el cumplimiento de este principio, con el fin de “*establecer una adecuada*

⁸ Constitución Política, artículo 86: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”.

⁹ “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”.

¹⁰ Folios 11 y 12, cuaderno de única instancia.

¹¹ “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”.

¹² Artículo 218, Constitución Política de Colombia.

*ponderación entre el respeto por la estabilidad jurídica, los intereses de terceros y los derechos fundamentales presuntamente afectados. Por ello, en el análisis de inmediatez cobran especial relevancia las condiciones personales del actor y el tipo de asunto que se controvierte”*¹³. Por lo tanto, el operador judicial debe analizar cada caso concreto las circunstancias en las que transcurrió el tiempo en el que se interpuso la acción de tutela, pues no todas las tardanzas pueden juzgarse como injustificadas o irrazonables.

En el evento que ahora ocupa la atención de la Sala, la última actuación antes de la interposición de la acción de tutela fue el derecho de petición que radicó el apoderado del accionante ante el Director General de la Policía Nacional, el 24 de febrero de 2017, en el cual solicitó que se le reconociera una pensión de invalidez al señor José Nelson Casallas, y se autorizara una nueva valoración medico laboral a su poderdante. La Policía Nacional dio respuesta el 2 de abril de 2017, en el sentido de no acceder a la solicitud. Posteriormente, el 3 de mayo de 2017, el apoderado del actor interpuso la presente acción de tutela, que fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “A” al día siguiente, es decir el 4 de mayo de la misma anualidad.

En este orden de ideas, se constata que transcurrieron 31 días entre el hecho generador y concreto de la vulneración que se alega y la interposición de la acción de tutela. El término de un mes resulta razonable y justo para acudir al juez constitucional, por lo que la Sala concluye que se encuentra plenamente satisfecho el requisito de inmediatez.

3.2.4. Finalmente, queda por analizar el requisito de subsidiariedad, que se estudiará en dos etapas. Por el momento, es preciso señalar que éste requisito se refiere al agotamiento previo de todos los medios judiciales de defensa que se encuentren al alcance del accionante, para resolver sus pretensiones.

Pues bien, teniendo en cuenta que el juez de única instancia dentro del trámite de la tutela declaró improcedente el amparo, precisamente por considerar que el accionante no agotó todos los mecanismos de defensa judiciales que tenía a su alcance, para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, a continuación la Sala analizará, brevemente, las reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción frente al reconocimiento de derechos pensionales.

*- La procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia*¹⁴

3.2.4.1. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de*

¹³ Sentencia T-981 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴ En esta oportunidad, la Sala seguirá principalmente, lo dispuesto en la sentencia T-578 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, este amparo constitucional tiene el objetivo de garantizar de manera inmediata la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Para materializar ese mandato, se tramita mediante un procedimiento preferente y sumario de carácter subsidiario, esto significa que la acción de tutela es procedente sólo si quien alega una afectación de sus derechos fundamentales, no dispone de otros mecanismos de defensa judiciales.

3.2.4.2. No obstante, esta Corporación ha identificado dos supuestos en los que, pese a existir otro medio de defensa, la acción de tutela es procedente:

a) Como mecanismo principal, si el medio de defensa judicial creado por el legislador para resolver la petición correspondiente, no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, esto es, de forma adecuada, oportuna e integral. En esta hipótesis, siguiendo por lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991¹⁵, el juez constitucional debe valorar los hechos específicos de cada caso concreto, y observar, especialmente “i) *el estado de salud del solicitante; ii) el tiempo que la autoridad pensional demoró en desatar el procedimiento administrativo; iii) la edad del peticionario; iv) la composición del núcleo familiar del mismo, verbigracia el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia; v) el potencial conocimiento de la titularidad de los derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer; y vi) las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleo*”¹⁶.

b) Como mecanismo transitorio, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, “*cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen*”¹⁷. En este sentido, la Corte ha señalado que para que se configure un perjuicio irremediable, deben estar acreditados los siguientes elementos: “(i) *inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad*”¹⁸.

3.2.4.3. Pues bien, teniendo en cuenta que para resolver los conflictos que surjan de la negativa de reconocimientos pensionales en el marco del régimen

¹⁵“Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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 encuentre el solicitante. (...)”

¹⁶ Ver sentencias T-326 y T-953 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ Ver sentencias T-634 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-140 de 2013 y T-953 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ Ver sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Allí se analiza el concepto de perjuicio irremediable y sus alcances.

de las Fuerzas Militares y de Policía, el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto la jurisdicción contencioso administrativa como el escenario judicial específico para ello, por regla general, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la acción de tutela es procedente solo excepcionalmente para resolver este tipo de controversias¹⁹.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011²⁰ (en adelante CPACA), en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, antes de que se notifique el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, el Juez o Magistrado Ponente puede decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. El inciso segundo del citado artículo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

3.2.4.4. Frente a la existencia de medios judiciales ordinarios de defensa, es preciso tener en cuenta que aunque en abstracto, los mecanismos creados por el ordenamiento jurídico para resolver las controversias entre particulares y las autoridades públicas, son eficaces en la medida que han sido diseñados para garantizar el derecho al debido proceso y en general, todos los jueces tienen el deber de aplicar las normas constitucionales para garantizar los derechos fundamentales de las personas, esta Corte ha desestimado la valoración genérica de la eficacia del medio judicial ordinario de defensa., Por ello, ha sostenido en reiteradas ocasiones, que la eficacia debe analizarse de conformidad con las características de cada caso concreto.

3.2.4.5. A continuación, la Sala se detendrá a estudiar los medios de defensa ordinarios con los que cuenta el accionante, en especial de las medidas cautelares en el marco de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para lo cual, seguirá de cerca las consideraciones hechas sobre el tema en la sentencia T-610 de 2017²¹, para luego analizar si estos son o no idóneos y eficaces en su caso.

Con la expedición del CPACA, entre otros, se dotó de mayor efectividad a las medidas cautelares con el propósito de garantizar materialmente el derecho al acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho que viene ocurriendo desde la Constitución de 1991. Sin embargo, aún subsisten algunas diferencias notorias entre los mecanismos propios de la jurisdicción contencioso administrativa, y la acción de tutela.

¹⁹ Sentencias T-179 de 2003; T-859 de 2004, y T-436 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-108 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-773 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-145 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

²⁰ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

²¹ M.P. Diana Fajardo Rivera.

En la sentencia T-376 de 2016²², la Sala Tercera de Revisión evidenció tres puntos diferenciales entre la idoneidad que le es propia a la acción de tutela, y a las medidas cautelares del CPACA. En este sentido, señaló que (i) para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa es necesario contar con un abogado y seguir el procedimiento creado por el legislador, que *“a pesar de su amplitud, está regido por la formalidad²³, en contraposición a la informalidad que rige la acción de tutela, para cuya interposición no se exigen especiales conocimientos jurídicos, ni tampoco es necesario que se presente la causa en determinada forma”²⁴*; (ii) por regla general, al solicitar medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo, es necesario prestar caución para garantizar el cubrimiento de los posibles perjuicios que se pudieran generar con su decreto²⁵; y (iii) la acción de tutela usualmente es un mecanismo judicial de protección de derechos fundamentales principal y definitivo, toda vez que el juez constitucional cuenta con amplias facultades para decretar y recolectar las pruebas que resulten necesarias para definir cada caso concreto, mientras que las medidas cautelares son, por naturaleza de carácter transitorio, en la medida que buscan *“conjurar situaciones urgentes y su resolución impone un estudio del asunto expuesto de manera preliminar, sin que implique un prejuzgamiento y con los elementos fácticos y normativos a disposición en esa etapa inicial.”²⁶*

La Sala Plena de esta Corte se pronunció sobre la diferencia entre los términos consagrados legalmente para la adopción de medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el plazo que existe para fallar una acción de tutela, en la sentencia C-284 de 2014²⁷ con ocasión del análisis de constitucionalidad del parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011. Al respecto sostuvo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo *“contempla unos términos para decretar medidas cautelares, que desbordan*

²² M.P. Alejandro Linares Cantillo. “En aquella ocasión, se estimó que, en el caso concreto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aun con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares, no era idónea ni eficaz ya que con la decisión de desvincular al actor del Ministerio Público se había generado una grave afectación de su mínimo vital y una amenaza latente a su salud en razón del tumor neuroendocrino que padecía y que lo obligaba a permanecer en tratamiento médico constante. De ahí que la acción de tutela fuera el único medio que, además de otorgar de forma celeré la protección, brindaba una solución definitiva a la problemática iusfundamental advertida. De otro lado, existían decisiones previas de esta Corporación (sentencia T-822 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y al conocer casos similares, habían determinado la ineficacia en concreto de las medidas cautelares reconociendo que ni la suspensión provisional que acompaña generalmente la nulidad de un acto administrativo se considera apta como herramienta procesal idónea para precaver cualquier potencial menoscabo que pueda llegar a producirse, sobre todo porque la discusión legal no puede sobreponerse al goce efectivo de derechos fundamentales.” Síntesis en la sentencia T-610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²³ El esquema de medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011 establece una serie de requisitos para decretarlas, dentro de los cuales se encuentran algunos radicalmente opuestos a la marcada informalidad del proceso de tutela. Por ejemplo, el artículo 231 numeral 1 exige “[q]ue la demanda esté razonablemente fundada en derecho”; y la misma disposición, en su numeral 2, condiciona la adopción de las medidas a que “el demandante haya presentado los documentos informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir [...] que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”.

²⁴ Sentencia T-610 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁵ No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública (artículo 232 de la Ley 1437 de 2011).

²⁶ Sentencia T-610 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

notoriamente los límites constitucionales perentorios sobre el tiempo que pueden durar los procesos de tutela antes de una decisión de fondo”, y en efecto el trámite de las medidas cautelares puede demorar más de 10 días, teniendo en cuenta que el juez debe correr traslado de la medida al demandado²⁸ al cual se le otorga un término de cinco días para pronunciarse al respecto. Posteriormente, y siguiendo lo dispuesto por el artículo 233 del CPACA, el operador judicial cuenta con un término de diez días para proferir el auto que decida sobre las medidas cautelares. Contra la providencia judicial que las concede proceden los recursos de apelación y súplica, según cada caso, que se conceden en el efecto devolutivo²⁹ y deben ser resueltos máximo en 20 días.

Visto lo anterior, es claro que el sistema de plazos contemplado en el artículo 233 del CPACA para el trámite de las medidas cautelares es mucho más amplio que aquel con el que cuenta el juez de tutela para emitir un fallo de fondo, que según el artículo 86 superior es de 10 días, termino en el que, incluso, se pueden adoptar medidas provisionales de protección.

3.2.4.6 Además, esta Corte también ha advertido la necesidad de verificar las condiciones personales de los accionantes, pues en casos en los que se encuentre una especial vulnerabilidad, la acción de tutela es el mecanismo judicial que permite materializar de manera más expedita y definitiva el amparo a sus derechos fundamentales, sin que ello signifique que, en razón a dicha situación especial, la tutela resulte automáticamente procedente. Sobre este punto, la Sala Novena de Revisión, en la sentencia T-1093 de 2012³⁰ señaló: *“el análisis formal de procedibilidad, independientemente del escenario en que se ejercite la acción de tutela, debe efectuarse en arreglo a las particularidades fácticas y normativas que rodean el asunto iusfundamental concreto”*.

3.2.4.7. Esta consideración resulta de la mayor relevancia en el escenario de la acción de tutela contra decisiones que han negado una garantía pensional, ya que los beneficiarios de este tipo de prestaciones son, por regla general, personas con determinados grados de vulnerabilidad en razón de su pérdida de capacidad laboral, o por el deterioro de sus condiciones de salud producto de los quebrantos propios de la tercera edad o de las enfermedades o accidentes sufridos, lo cual les impide realizar actividades para proveerse los medios necesarios para la satisfacción de sus derechos fundamentales. *“En ese contexto, entonces, exigir idénticas cargas procesales a personas que soportan*

²⁸ Artículo 233 de la Ley 1437 de 2011. Vale aclarar que el artículo Se advierte que el artículo 234 de la misma ley contempla unas medidas cautelares de urgencia. La disposición establece que desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite regular previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

²⁹ Artículo 323 Código General del Proceso: “Podrá concederse la apelación: (...)2. En el efecto devolutivo. En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.”

³⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*diferencias materiales relevantes, frente a quienes no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones*³¹.

Atendiendo a lo anterior, la sentencia T-108 de 2007³², declaró procedente el amparo del derecho a la seguridad social y el mínimo vital del accionante, a quien le había sido retirada su pensión de invalidez, con base en un dictamen que calificó en un porcentaje ostensiblemente menor al inicial su pérdida de capacidad laboral, que además no coincidió con el otorgado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez a la que había acudido por su cuenta. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que en atención a su edad³³, y su estado de salud³⁴ que le impedían acceder al mercado laboral para poder proveerse una subsistencia mínima junto a su familia, la acción de tutela era procedente como mecanismo definitivo para la protección de sus derechos fundamentales.

En sentido similar, la sentencia T-773 de 2009³⁵, la Sala Octava de Revisión estimó procedente el amparo solicitado para obtener un nuevo pronunciamiento sobre la fecha de estructuración de la invalidez del accionante, pues en virtud de las precarias circunstancias económicas y de salud de éste, encontró que el mecanismo judicial ordinario no era eficaz para resolver su pretensión.

En esta oportunidad, resultan especialmente relevantes las sentencias T- 798 de 2011³⁶ y T-539 de 2015³⁷, por tratarse casos análogos al que ahora ocupa la atención de la Sala. Dichas providencias estudiaron casos de ex miembros de la Policía Nacional³⁸, a quienes esa institución les calificó su pérdida de capacidad laboral en un porcentaje menor al determinado por una Junta Regional de Calificación de Invalidez. En atención al estado de discapacidad de los accionantes, de su imposibilidad de laborar, y su vulnerabilidad económica, en ambos casos el amparo se estimó procedente, pese a la existencia del medio de defensa ordinario, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se tramita ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.2.5. En suma, la acción de tutela es un mecanismo para la protección de derechos fundamentales que tiene un carácter subsidiario. Por lo tanto, su procedencia está supeditada a que no existan otros medios de defensa judicial para reclamar la afectación de esos derechos. Pese a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha identificado que puede resultar procedente como mecanismo principal, siempre que se constate que la instancia ordinaria

³¹ Sentencia T-282 A de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³² M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³³ 62 años de edad.

³⁴ Artrodesis de tobillo y rodilla, hipertensión arterial, dermatosis, insuficiencia venosa crónica de miembros inferiores, entre otros.

³⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁶ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁷ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁸ En el caso de la sentencia T-798 de 2011 el accionante había sido subintendente de la Policía Nacional, y en el de la sentencia T-539 de 2015, el actor se había desempeñado como cadete 14 en la Escuela Nacional de Policía.

no es idónea o eficaz para la protección solicitada. También procede como medio de defensa transitorio para evitar un perjuicio irremediable, siempre que se requieran medidas impostergables y urgentes para evitar la afectación inminente y grave de derechos fundamentales.

- *La acción de tutela interpuesta por el accionante cumple con el requisito de subsidiariedad*

3.3. Pues bien, en el caso bajo estudio la Sala encuentra que el juez de única instancia acogió el argumento presentado por la Policía Nacional según el cual el accionante puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para controvertir el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez que pretende.

En este punto, la Sala advierte que, el apoderado del accionante, informó a la Sala de Revisión sobre la presentación de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Policía Nacional³⁹, el 4 de septiembre de 2017⁴⁰, en la que cuestiona el acto administrativo del 2 de abril de 2017, mediante el cual la entidad demandada despachó negativamente la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor José Nelson Gamba Casallas. La demanda fue repartida al Juzgado 49 Administrativo, Oral de Bogotá⁴¹, quien la inadmitió el 3 de octubre del mismo año⁴². Posteriormente, el 13 de octubre de 2017⁴³ se subsanó la demanda, y finalmente, el 31 de octubre dicho Juzgado remitió el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerarse incompetente para fallar el caso, en razón de la cuantía estimada⁴⁴.

El proceso llegó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de noviembre de 2017⁴⁵, y le fue repartido a la Sección Segunda de dicho Tribunal⁴⁶ el pasado 24 de noviembre del año en curso, sin que para el momento de suscripción de la presente sentencia hubiese sido admitida o rechazada la demanda.

Teniendo claro este contexto, la Sala estudiará la eficacia de dichos mecanismos judiciales de defensa frente al caso que ahora ocupa su atención.

3.3.1. En primer lugar, el accionante es una persona en condición de discapacidad generada por secuelas psicológicas adquiridas después de que varios de sus compañeros murieran en una confrontación con un grupo armado ilegal, mientras cumplía sus funciones como miembro de la Policía Nacional.

³⁹ El 6 de diciembre de 2017, el apoderado general del accionante radicó en la Secretaría de la Corte Constitucional, varios documentos que consideró relevantes allegar al proceso.

⁴⁰ Folio 94 a 125, cuaderno de la Corte.

⁴¹ Folio 126, cuaderno de la Corte.

⁴² Folio 127, cuaderno de la Corte.

⁴³ Folios 128 a 131, cuaderno de la Corte.

⁴⁴ Folios 132 y 133, cuaderno de la Corte.

⁴⁵ Folio 134, cuaderno de la Corte.

⁴⁶ *Ibidem*.

Dicha discapacidad ha sido evaluada en varias ocasiones, con diferentes porcentajes, siendo el más reciente 87.50%. Tal situación, además de impedirle trabajar para obtener un sustento económico por sus propios medios, ha generado también efectos negativos en su vida personal⁴⁷. Adicionalmente, el señor José Nelson Gamba Casallas está calificado con un puntaje de 27,77 en el Sisbén⁴⁸, y pese a que en la Base Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud figura afiliado a la EPS Sanitas en el régimen contributivo, su estado es de “SUSPENDIDO”⁴⁹.

3.3.2. Lo anterior ubica al accionante dentro de la población económicamente vulnerable del país. Pero además de encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica, la salud psicológica del señor José Nelson Gamba Casallas ha tenido una notable desmejora con el paso del tiempo. Así lo demuestran las recientes hospitalizaciones a las que ha tenido que ser sometido, en las cuales existe constancia de ideas suicidas recurrentes⁵⁰.

3.3.3. Todas estas circunstancias, analizadas en conjunto, permiten a la Sala concluir que el accionante se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, que lo hace merecedor de una especial protección constitucional. Así mismo, evidencian que existe un inminente riesgo para la vida y la salud del señor Gamba Casallas, quien por sus afectaciones psicológicas en cualquier momento puede tomar la decisión de terminar con su vida, como ha ocurrido en anteriores oportunidades, lo cual se traduce en la posibilidad de que ocurra un perjuicio irremediable, que requiere de medidas urgentes para prevenirlo, dado el alto impacto y gravedad que podría tener sobre sus derechos a la salud y a la vida, tornando en impostergable el amparo.

3.3.4. Aunado a lo anterior, tal como se expuso previamente, el escenario de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, no ofrece al actor la efectividad e idoneidad que sí le brinda la acción de tutela, máxime teniendo en cuenta que, pese a que el apoderado del accionante instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del señor Gamba Casallas, 3 meses después el proceso aún no ha iniciado el trámite correspondiente. Al confrontar esta circunstancia, con el inminente riesgo que existe para la vida y la salud del señor Gamba Casallas, resulta razonable concluir que existe la posibilidad de que ocurra un perjuicio irremediable, que puede ser prevenido mediante la presente acción de tutela, como un mecanismo transitorio de defensa, mientras la Jurisdicción Contencioso Administrativa, adopta la decisión correspondiente.

⁴⁷ En la Epicrisis que obra a folios tal pascual, consta que el accionante se separó de su esposa en razón de sus afecciones psicológicas.

⁴⁸ Consulta del 28 de octubre de 2017, disponible en <<https://wssisbenconsulta.sisben.gov.co/DNP_SisbenConsulta/DNP_SISBEN_Consulta.aspx>> Folio 18, cuaderno de la Corte.

⁴⁹ Consulta del 28 de noviembre de 2017, disponible en <<<http://www.tramitesyconsultas.info/consulta-fosyga-afiliados/>>>. Folio 19, cuaderno de la Corte.

⁵⁰ Folios 38 a 44, cuaderno de única instancia.

3.3.5. En consecuencia, frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la Sala encuentra procedente la acción de tutela, como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales del accionante, y de esta manera, evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

3.3.6. De otra parte, en lo referente a la pretensión de amparo al derecho de petición, la Sala advierte que el ordenamiento jurídico colombiano no prevé un medio de defensa idóneo y eficaz, distinto a la acción de tutela, para su protección. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que quien considere vulnerado este derecho, bien sea porque su solicitud nunca obtuvo respuesta, porque la respuesta no resolvió el fondo de lo pretendido, o porque no se comunicó dentro de los términos señalados por la ley, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional⁵¹.

En el caso bajo estudio, el accionante también solicitó el amparo de su derecho de petición, que considera vulnerado por la entidad accionada, y siendo la acción de tutela el único mecanismo judicial disponible para la protección de éste, se concluye que la acción de tutela está llamada a proceder, como mecanismo principal.

3.4. Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que la acción de tutela interpuesta por José Nelson Casallas es procedente, y seguirá con el desarrollo propuesto, sobre el régimen jurídico aplicable en materia de pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública, los órganos competentes para calificar la pérdida de capacidad laboral en el mismo, y el principio de integralidad aplicable a los dictámenes de pérdida de capacidad laboral.

4. Régimen jurídico de la pensión de invalidez para miembros de la Policía Nacional, entidades competentes para calificar la pérdida de capacidad laboral en el mismo y sus diferencias con el sistema general de seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La normatividad vigente para el personal militar y policial, en materia de reconocimiento de pensión de invalidez, es el Decreto 1796 de 2000 *“Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”*. El artículo 38 de dicha norma establece para el caso del personal de nivel ejecutivo de la Policía Nacional⁵², la posibilidad de acceder a una pensión

⁵¹ Ver sentencia T-149 de 2013. M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

⁵² De conformidad con el numeral 2) del artículo 5º del Decreto 1791 de 2000, los patrulleros son el primer grado del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

de invalidez, si durante el servicio es calificado con un mínimo de 75% de pérdida de su capacidad laboral.

4.2. No obstante lo anterior, con la expedición de la Ley 923 de 2004 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”*, los requisitos para acceder a una pensión de invalidez variaron, en ciertas circunstancias. Particularmente, esta Ley fijó como límite mínimo porcentual de invalidez para los miembros de la fuerza pública en 50%, siempre que el reconocimiento de dicha prestación tenga origen en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002, y no antes⁵³.

4.3. En desarrollo de dicha disposición marco, el Gobierno expidió el Decreto 4433 de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*. Esta norma dispone, en su artículo 30, para el caso de los Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional;⁵⁴ que se debe contar con un 75% de pérdida de capacidad laboral, para efectos de acceder a una pensión de invalidez, siempre que la afectación haya ocurrido durante el servicio, sin especificar que debiera ser por causa y razón del mismo.

⁵³ Ley 923 de 2004: *“Artículo 6°. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley.”*

⁵⁴ Decreto 4433 de 2004 *“Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:// 30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).// 30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).// 30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).// Parágrafo 1°. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.// Parágrafo 2°. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.// Parágrafo 3°. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional.”*

4.4. Adicionalmente, en el artículo 32⁵⁵ del Decreto 4433 de 2004, establece otro tipo de prestación que atiende a la pérdida de capacidad laboral adquirida por el personal militar o policial, en combate; o por actos meritorios del servicio; o por acción directa del enemigo; o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional; o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio. La norma dispone que si en dichas circunstancias se determina una incapacidad permanente parcial igual o superior al 50% e inferior al 75%, se tiene derecho a “*un reconocimiento pensional por un alto grado de incapacidad adquirido en especialísimas circunstancias.*”

4.5. Sobre dichas prestaciones, la sentencia T- 189 de 2014⁵⁶ precisó que de la Ley 923 y del Decreto 4433 de 2004 “*se [desprendía] una diferenciación entre aquellas situaciones de origen común que puedan dar lugar a una pérdida de capacidad laboral [arts. 30 y 33], y aquellas relacionadas con el ejercicio mismo [art. 32] –una suerte de invalidez de origen profesional -*⁵⁷”. Es decir, que la diferencia radica en que una prestación responde a causas comunes y la otra a razones profesionales.⁵⁸

4.6. De otra parte, el Título III del Decreto 1796 de 2000, señala que para el sistema de seguridad social de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, la Junta Médico Laboral Militar o de Policía y el Tribunal de Revisión Militar y de Policía, son las instancias encargadas de determinar la disminución de la capacidad psicofísica y de calificar la enfermedad según sea profesional o

⁵⁵ “Artículo 32. Reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y mientras subsista la incapacidad a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro.// Parágrafo 1°. Para los efectos previstos en el presente artículo se entiende por accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio o aquel que se produce durante la ejecución de una orden de operaciones.// Parágrafo 2°. Para el reconocimiento de la pensión establecida en este artículo, la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solo calificará la pérdida o anomalía funcional, fisiológica o anatómica, la cual debe ser de carácter permanente y adquirida solo en las circunstancias aquí previstas.”

⁵⁶ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁷ En el mismo sentido, se pronunció la sentencia T-839 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), señalando que en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, en la que se dispuso que el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia se originarían en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad, “al siguiente día, el Presidente de la República mediante el Decreto 4433 de 2004, reglamentó la citada ley. Al efecto distinguió que el reconocimiento de la pensión de invalidez se puede originar por distintas causas, para lo cual exigió el 75% de DCL para eventos ocurridos en el servicio activo o durante el mismo y entre el 50% y 75%, para aquellos eventos ocurridos en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.”

⁵⁸ Esta diferencia ha sido estudiada también en las sentencias T- 839 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y T-539 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

común.⁵⁹

4.7. Esta regulación especial responde a la organización que ha dispuesto el Legislador⁶⁰, que además del Sistema General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, incluye otros Subsistemas y regímenes especiales, con participación del gobierno nacional⁶¹, “*para responder al mismo objetivo de atender eficiente y oportunamente las contingencias a que puedan estar expuestos ciertos grupos de personas por una eventual afectación de su estado de salud -física o mental- o de su capacidad económica. Ejemplo de ello es el régimen que cubre a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, que por expresa exclusión constitucional y legislativa,⁶² no se les aplica lo dispuesto en el Sistema Integral de Seguridad Social, como quiera que su particular organización logística y su misión constitucional demandan del Estado una regulación especial.*”⁶³

4.8. En virtud de lo anterior, las Fuerzas Militares y de Policía cuentan con organismos propios, distintos a los del régimen general de seguridad social en salud, para determinar la pérdida de capacidad laboral de sus miembros, diferencia que ha sido estudiada en varias ocasiones por la jurisprudencia Constitucional. Por su pertinencia, a continuación se citan *in extenso* las

⁵⁹ “ARTICULO 14. ORGANISMOS Y AUTORIDADES MEDICO-LABORALES MILITARES Y DE POLICIA. Son organismos médico-laborales militares y de policía: // 1. El Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía// 2. La Junta Médico-Laboral Militar o de Policía (...)” “ARTICULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Sus funciones son en primera instancia: // 1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.// 2 Clasificar el tipo de incapacidad sico-física y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.// 3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.// 4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.” “ARTICULO 21. TRIBUNAL MEDICO-LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado.”

⁶⁰ El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia señala lo siguiente: “*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.*” (subrayado fuera de texto).

⁶¹ El artículo 248 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados desde la fecha de publicación de dicha ley para que “(...)organice al sistema de salud de las fuerzas militares y de policía y al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, en lo atinente a:// a) Organización estructural; //b) Niveles de atención médica y grados de complejidad; // c) Organización funcional; // d) Régimen que incluya normas científicas y administrativas, y// e) Régimen de prestación de servicios de salud.// 7. Precisar las funciones del Invima y proveer su organización básica. Facúltase al Gobierno Nacional para efectuar los traslados presupuestales necesarios que garanticen el adecuado funcionamiento de la entidad. // 8. Reorganizar y adecuar el Instituto Nacional de Cancerología, los sanatorios de contratación y de Agua de Dios y la Unidad Administrativa Especial Federico Lleras Acosta, que prestan servicios de salud para su transformación en empresas sociales de salud. Para este efecto facúltase al Gobierno Nacional para efectuar los traslados presupuestales necesarios.”

⁶² El inciso 13° del Artículo 48 Superior modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005 indica que: “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.” Asimismo, la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 279 que “El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.”

⁶³ Sentencia T-503 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

consideraciones expuestas en la sentencia C-890 de 1999⁶⁴ sobre el tema, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 66 (parcial) del Decreto 1029 de 1994, y los artículos 89, 90 y 91 (parciales) del Decreto 094 de 1989, por cargos de igualdad que si bien no son las normas actualmente aplicables, toda vez que fueron derogadas por el Decreto 1796 de 2000, dan cuenta de las razones que justifican la existencia del régimen especial que se viene estudiando:

“[N]o es posible establecer un término de comparación entre los porcentajes para acceder a la pensión de invalidez en el régimen general y los del régimen especial, porque la estructura de los sistemas difiere sustancialmente en la medida en que su acceso y sus métodos de calificación están regulados por patrones distintos, no habiendo coincidencia entre los sistemas de cálculo, liquidación y monto de las prestaciones. Como ya se anotó, al estar diseñados para regular situaciones diversas, acordes con las características específicas de los grupos sociales cubiertos, los regímenes prestacionales en materia de pensión por invalidez no pueden someterse a la misma regla de comparación, por lo que tampoco es viable establecer una norma de correspondencia matemática entre los porcentajes utilizados por cada uno.

Para efectos de ilustrar la diferencia que existe entre los métodos de calificación de las incapacidades en cada uno de los sistemas, resulta de importancia presentar el siguiente ejemplo.

En el sistema prestacional de las fuerzas militares [Decreto 094 de 1989], la pérdida anatómica de miembro superior derecho en un persona diestra de 20 años de edad, arroja 20 índices de incapacidad, dando lugar, una vez confrontadas las respectivas tablas, a una incapacidad del 100%. A este tipo de lesión corresponde una indemnización acorde con el grado que el militar detenta, y el derecho a una pensión de invalidez equivalente al 100% del sueldo o de las partidas respectivas, según lo establecido en los diferentes estatutos especiales.

En el régimen de la Ley 100, la misma lesión en la misma persona, acaecida ésta como consecuencia de un riesgo común o profesional, debe someterse a la evaluación médica de la junta de calificación de invalidez que de acuerdo a los criterios de deficiencia, incapacidad y minusvalía, determina su valor. Según las tablas que regulan la materia, la incapacidad de la pérdida anatómica de miembro superior produce, acogiéndose a los porcentajes máximos, sin tener en cuenta la variación que en mayor o menor medida puede presentarse frente a cada

⁶⁴ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

individuo, los siguientes resultados: deficiencia 30.2%⁶⁵, discapacidades 5.0%⁶⁶ y minusvalía 8.5%.⁶⁷ La sumatoria de los porcentajes anotados arroja una incapacidad laboral total del 43.5% la cual, de acuerdo con las normas de invalidez citadas, no da derecho a la pensión y sólo en la medida en que dicha incapacidad tenga origen profesional, permitiría el pago de una indemnización proporcional al salario base de cotización.

Los resultados anteriores demuestran que la calificación de los distintos eventos que generan una incapacidad psicofísica, además de resultar más benéficos en el régimen especial, varían de acuerdo con las exigencias particulares de cada sistema, situación que, como quedó dicho, no permite establecer un término de comparación del cual pueda colegirse discriminación alguna. (...)

4.9. En línea con lo expuesto, la sentencia T-539 de 2015⁶⁸, previamente citada, señaló que *“la falta de correspondencia matemática entre los porcentajes utilizados por cada régimen, no permite que la misma lesión pueda calificarse con igual porcentaje en uno y otro, y mucho menos que un organismo de calificación de un régimen determinado pueda tener en cuenta para la expedición de un dictamen los parámetros de calificación de otra valoración perteneciente a un régimen distinto.”*

4.10. En suma, las diferencias señaladas entre los dos sistemas de seguridad social han permitido a la Corte Constitucional concluir que en vista de las actividades que desarrollan quienes han estado vinculados con la Fuerza Pública demandan mayores exigencias físicas y psíquicas, no es posible asimilar los dictámenes de pérdida de capacidad laboral en regímenes distintos al que les es propio, ni tampoco permitir que con un dictamen emitido por una autoridad ajena al régimen de la Fuerza Pública pueda lograrse el acceso a prestaciones propias de éste. No obstante, ello no significa que en el marco del subsistema de seguridad social de las Fuerzas Militares y de Policía no se deban garantizar los presupuestos constitucionales, como el debido proceso tal como se verá en el siguiente apartado.

5. El principio de integralidad en los dictámenes de pérdida de capacidad psicofísica, y la posibilidad de recalificación en el marco del sistema de seguridad social especial de las Fuerzas Armadas. Reiteración de jurisprudencia

5.1. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad

⁶⁵ Corresponde al Manual único de calificación de invalidez (Decreto 917/99), Libro 1º artículo 12, ítem 1.1 del sistema músculo-esquelético, al ítem 1.5 de las amputaciones y a la tabla 1.85.

⁶⁶ Corresponde al Manual único de calificación, Libro 2º, art. 13, tablas N° 1,2 y 3.

⁶⁷ Corresponde al Manual único de calificación, Libro 3º, art. 14, tabla N° 2.

⁶⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

social tiene una doble connotación jurídica. De un lado, es un derecho irrenunciable, y por otro, un servicio público de carácter obligatorio, prestado por entidades públicas o privadas bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos establecidos por la ley.⁶⁹

5.2. La seguridad social ha sido definida por esta Corte Constitucional como el *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.”*⁷⁰ Para el caso de las Fuerzas Militares y de Policía, el desarrollo de ese mandato constitucional se materializó, con la creación de un subsistema propio y exclusivo para sus miembros.

5.3. No obstante, tal como se expuso, la existencia de un subsistema de seguridad social especial para las Fuerzas Armadas no implica que éste no tenga que seguir los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 48 Superior sobre el derecho a la seguridad social, que lo definen como irrenunciable y universal, y que señalan que la prestación del servicio está sujeta a los principios de eficiencia y solidaridad.

Lo anterior, encuentra sustento en los artículos 13 y 47 constitucionales, que imponen al Estado la búsqueda de una igualdad material entre todas las personas, así como una especial atención a quienes en razón de sus condiciones económicas, físicas o mentales, se hallan en situación de manifiesta vulnerabilidad.

5.4. En materia de seguridad social en salud para las Fuerzas Armadas, estos mandatos constitucionales se desarrollaron, principalmente en la Ley 352 de 1997,⁷¹ el Decreto 1795 de 2000⁷² y el Decreto 002 de 2001.⁷³ Sobre las prestaciones que responden a los riesgos de vejez, invalidez y muerte, han sido expedidas varias normas, y en particular, sobre el riesgo de invalidez existen varios beneficios, como las distintas pensiones de invalidez, según se determine

⁶⁹ “En sus primeros pronunciamientos, la Corte definía (T-116 de 1993) a la seguridad social como el *“conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para genera los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna (...) [t]oda persona afiliada a una institución de seguridad social, tales como el Instituto de los Seguros Sociales y la Caja de Previsión Social, mediante las condiciones determinadas en las leyes y acuerdos que la reglamentan, adquiere el derecho a ser atendida en forma inmediata y adecuada en desarrollo del inciso primero del artículo 48 de la Carta, que consagra los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad para la prestación del servicio público de seguridad social.”* Posteriormente, la Corte resaltaría (Sentencias T-1752 de 2000 y C-125 de 2000) la doble dimensión de la seguridad como derecho irrenunciable y como servicio público obligatorio. Al respecto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias: T-1752 de 2000, C-125 de 2000, C-674 de 2001, C-921 de 2001, C-835 de 2003, C-834 de 2007, C-1065 de 2008, T-880 de 2009, C-398 de 2010, T-695A de 2010, T-662 de 2011, T-849 de 2011 y C-313 de 2014”. Sentencia SU-210 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

⁷⁰ Sentencia T-1040 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷¹ “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.”

⁷² “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

⁷³ “Por el cual se establece el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial”

una incapacidad del 50%, o superior al 75%; y el reconocimiento de incapacidades e indemnizaciones, que responden a la calificación de la pérdida de capacidad psicofísica de sus miembros.

5.5. De otra parte, siguiendo lo dispuesto por el Decreto 1796 de 2000⁷⁴, la determinación del origen y del porcentaje de pérdida de la capacidad psicofísica es uno de los presupuestos más importantes para establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de determinadas prestaciones, sean éstas de naturaleza asistencial o económica.⁷⁵ *“En otras palabras, la calificación por pérdida de la capacidad sicofísica detenta una verdadera función prestacional ius fundamental, puesto que desde una visión constitucional, es un derecho de quienes pertenecen al régimen de la Fuerza Pública, inescindible a determinadas prestaciones del mismo y que cobra especial relevancia al convertirse en el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como el mínimo vital.”*⁷⁶

5.6. Precisamente, en observancia de los derechos fundamentales y los principios constitucionales que se acaban de exponer, esta Corporación ha manifestado que los dictámenes de pérdida de capacidad laboral deben obedecer a unos parámetros mínimos, esto es, *“deben ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión, las cuales deben tener pleno sustento probatorio y basarse en un diagnóstico integral del estado de salud.”*⁷⁷

5.7. Para el caso bajo estudio, es pertinente analizar con detenimiento el criterio de integralidad. Sobre el particular, existen algunos parámetros normativos que regulan las calificaciones de pérdida psicofísica en el subsistema de las Fuerzas Armadas. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 1796 de 2000, al momento de efectuar la calificación, la Junta Médico Laboral debe considerar la ficha médica de aptitud psicofísica; el concepto médico que especifique el diagnóstico, evolución, tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que presente el interesado; el expediente médico - laboral que reposa en la respectiva Dirección de Sanidad;

⁷⁴ Que en general, recoge lo dispuesto en los Decretos 1836 de 1979 y 094 de 1989.

⁷⁵ La determinación del porcentaje de pérdida de capacidad sicofísica guarda estrecha relación con el nivel de gravedad de cada incapacidad. Al respecto pueden revisarse los artículos 8 del Decreto 1836 de 1979 y 15 del Decreto 094 de 1989, los cuales clasifican las incapacidades e invalideces así: *“a) Incapacidad relativa y temporal. Es la determinada por las lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona y que mediante el tratamiento médico, quirúrgico o por las solas defensas del organismo obtenga su recuperación total.// b) Incapacidad absoluta y temporal. Es la determinada por las lesiones o afecciones que suprimen transitoriamente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona y que mediante tratamiento médico, quirúrgico o por las solas defensas del organismo, logren su recuperación total.// c) Incapacidad relativa y permanente. Es la determinada por lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona sin ser susceptibles de recuperación por ningún medio.// d) Incapacidad absoluta y permanente o invalidez. Es el estado proveniente de lesiones o afecciones patológicas, no susceptibles de recuperación por medio alguno, que incapacitan en forma total a la persona para ejercer toda clase de trabajo. Cuando el inválido no pueda moverse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia, sin la ayuda permanente de otra persona, se le denomina gran invalidez.”* Sentencia T-539 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁶ Sentencia T-539 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁷ Sentencia T-798 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Reiterada en la sentencia T-539 de 2015. M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

los exámenes paraclínicos adicionales que se consideren necesarios y el informe administrativo por lesiones personales. Por su parte, el artículo 21 del mismo Decreto, señala que el Tribunal Médico- Laboral tiene la facultad de ratificar, modificar o revocar las decisiones de la Junta.

5.8. De otra parte, la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre este tema. En la sentencia C- 425 de 2005⁷⁸, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el parágrafo 1º del artículo 1 de la Ley 776 de 2002⁷⁹, norma que prohibía tener en cuenta patologías anteriores, como causa para aumentar, entre otros, el grado de incapacidad inicialmente otorgado al trabajador, en el marco del Sistema General de riesgos profesionales, la Corte expuso algunos argumentos que soportan la necesidad de que este tipo de evaluaciones sean globales, o integrales. El cargo específico era la vulneración de los derechos a la igualdad y a la seguridad social, ya que a juicio del demandante, dicha restricción minimizaba el grado de la pérdida de capacidad laboral integral del trabajador, creando diferencias sin fundamento constitucional entre los trabajadores que no tuvieran preexistencias y los que sí, aunque el resultado material de su pérdida de capacidad fuera el mismo. Al resolver el caso, la Sala Plena de la Corte sostuvo:

“En efecto, el sistema de seguridad social fundado en la Constitución y desarrollado en la ley, tiene como fin primordial el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida de los individuos, con base en que el trabajo es un valor esencial y un principio fundante del Estado Colombiano, además de ser un derecho fundamental de los trabajadores, elemento esencial del Estado Social de Derecho. Así las cosas, el sistema de seguridad social concerniente en la protección de riesgos profesionales, es un sistema de seguro en el cual se establece una discriminación entre los trabajadores asegurados al sistema de riesgos profesionales, pues a pesar de que la empresa y el trabajador cotizan en forma total al sistema, como lo hacen todos los asegurados, al trabajador que sufre un accidente de trabajo o disminuye sensiblemente su capacidad laboral, no le tienen en cuenta para calificar el grado de invalidez condiciones de salud anteriores, lo cual viola el derecho a la igualdad y los principios de irrenunciabilidad, universalidad, solidaridad y obligatoriedad de la seguridad social consagrados en el artículo 48 Constitucional.

Así las cosas, el parágrafo acusado, al prohibir que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, que

⁷⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁷⁹ “Artículo 1º. Derecho a las prestaciones. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.// Parágrafo 1º. La existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado de incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador.”

materialmente es inválido, pero carecería de la protección adecuada a su incapacidad, conforme los consagran los artículos 13, 47, 48 y 53 de la Constitución Política. Por consiguiente, la Corte declarará la inexecutable del parágrafo 1º del artículo 1 de la ley 776 de 2002.”

5.9. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que quienes se someten al proceso de calificación de pérdida de sus capacidades, tienen el derecho de que se valoren todas las historias clínicas e informes de los médicos y especialistas que lo hubiesen diagnosticado, tratado y pronosticado. También debe cuidarse que las historias clínicas se encuentren actualizadas y *“constituyan una valoración íntegra y objetiva de su patología.”*⁸⁰ [E]n efecto, no podría ser de otra manera, puesto que permitir una calificación fraccionada de la capacidad laboral, entendida ésta como ‘(...) el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual’ a una persona, conduciría a la inexistencia del concepto de invalidez, dado que ésta es una valoración integral de dicho conjunto, y no de las fracciones del mismo; de lo contrario (...) se admitiría una falta de protección, en tanto se aceptaría a una persona que aún siendo materialmente inválida, el sistema no la reconoce formalmente como tal, a pesar de que tiene todas las cualidades para ello y para recibir, en consecuencia, la pensión por tal contingencia.”⁸¹

5.10. Estas consideraciones sirvieron a las salas de revisión de la Corte, para advertir la necesidad de respetar el carácter integral de las evaluaciones de pérdida de capacidad laboral, como una garantía del derecho fundamental a la seguridad social de las personas, que implica la valoración completa de toda su historia clínica, la totalidad de patologías que sufra el calificado, así como los antecedentes que resulten relevantes para cada caso particular, tal como se muestra a continuación.

5.10.1. En la sentencia T-762 de 1998⁸² la Sala Séptima de Revisión estudió el caso de un ciudadano que sufrió un accidente mientras prestaba el servicio militar obligatorio, lo cual le había generado un estado de invalidez. En esa ocasión, la Corte concedió el amparo solicitado, tras encontrar vulnerados sus derechos fundamentales, porque el Tribunal Médico Laboral le había asignado una pérdida de capacidad laboral de 74.17%, sin tener en cuenta una dolencia lumbar que lo aquejaba, y un dictamen de Medicina Legal que reflejaba una incapacidad del 80.2%.

5.10.2. La Sala Novena de Revisión, en la sentencia T-859 de 2004⁸³ advirtió una vulneración al debido proceso en el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la actora, porque la autoridad calificadora no tuvo en cuenta las pruebas que habían sido allegadas durante el trámite correspondiente. Sobre el

⁸⁰ En este sentido, también lo reitera la sentencia T- 646 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁸¹ Sentencia T- 539 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸² M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸³ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

particular sostuvo: *“no tiene sentido establecer como fecha de estructuración de la invalidez de una persona que presenta una enfermedad mental con las características de la que padece la accionante, la cual le representa una pérdida de capacidad laboral del 71.45%, casi en la misma fecha en la cual se realiza el diagnóstico y máxime cuando se trata de una enfermedad de origen común que, según otras pruebas aportadas por la accionante ha venido evolucionando notablemente desde sus dos años de edad. Al respecto, cabe advertir que para efectos de establecer la fecha de estructuración de la enfermedad, deben tenerse en cuenta pruebas como la historia clínica del afectado y demás exámenes practicados, los cuales, al parecer, en el presente caso no se valoraron”*.

5.10.3. En sentido similar, la sentencia T-436 de 2005⁸⁴ proferida también por la Sala Novena de Revisión, amparó el derecho al debido proceso del accionante, cuyo porcentaje de pérdida de capacidad laboral había sido determinado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez entre otros, por no haber adelantado una valoración integral del actor. En especial, *“indicó que la junta (i) no acreditó que el accionante hubiera sido sometido a examen físico, (ii) no aportó información acerca de por qué al proferir el dictamen no valoró en su integridad el estado de salud del peticionario sino tan solo una de las patologías y, finalmente, (iii) no informó acerca de la realización del proceso de rehabilitación integral que hubiera recibido el accionante o sobre la improcedencia del mismo, lo cual es exigido por las normas reglamentarias para darle trámite a las solicitudes de certificación de pérdida de capacidad laboral.”*⁸⁵

5.10.4. La Sala Cuarta de Revisión amparó el derecho al debido proceso en el caso resuelto en la sentencia T-108 de 2007⁸⁶, en el que el dictamen de calificación de invalidez que se cuestionaba, fue emitido por la Junta accionada sin tener en cuenta todas las patologías que sufría el actor, omitiendo sustentar las razones de tal exclusión.

5.10.5. Por su parte, en la sentencia T-328 de 2008⁸⁷ la Sala Segunda de Revisión determinó que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez había vulnerado el derecho a la salud, a la seguridad social y al debido proceso de la accionante, porque no tuvo en cuenta todos los exámenes médicos que le habían sido practicados para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sin haberlo justificado. Además, sostuvo que en caso de no tener certeza sobre el diagnóstico del solicitante, es su deber ordenar los exámenes médicos complementarios que hagan falta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13-7 y 36 del Decreto 2463 de 2001, sin que resulte admisible omitir la dolencia correspondiente en el dictamen.

⁸⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁵ Sentencia T-798 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁶ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5.10.6. La Sala Octava de Revisión, en la sentencia T-773 de 2009⁸⁸, encontró violado el derecho a la seguridad social del accionante, porque *“en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral no existe ningún tipo de motivación técnico-científica en relación con la fecha fijada como estructuración de la invalidez (...) estos documentos no pueden ser simples formatos en los cuales se llenan para el caso los espacios en blanco, cada una de estas opciones deben estar fundamentadas expresamente en un criterio técnico o médico (...)”*. También advirtió que *“existen dentro del expediente varios conceptos de médicos tratantes que sugieren que la fecha de estructuración de la invalidez podría ser muy anterior, los cuales no fueron considerados ni refutados con argumentos científicos o técnicos por la junta, lo cual indica que el dictamen carece de fundamento probatorio”*.

5.10.7. En sentido similar, la sentencia T-530 de 2014⁸⁹ encontró vulnerado el derecho a la seguridad social del accionante, quien había trabajado como civil plomero para la Armada Nacional, y había sido calificado en su pérdida de capacidad laboral sin tener en cuenta todas las patologías que lo aquejaban. A conclusiones similares se llegó en la sentencia T-702 de 2014⁹⁰, en la que la Sala Sexta de Revisión amparó los derechos fundamentales de la accionante, que encontró vulnerados por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, porque al emitir el dictamen de su pérdida de capacidad laboral, no motivó su decisión, y ésta no fue integral, ya que no tuvo en cuenta todas las patologías que padecía la actora.

5.10.8. Más adelante, la sentencia T-539 de 2015⁹¹ determinó que el Tribunal Médico Laboral de la Policía Nacional había vulnerado los derechos a la salud, a la seguridad social y al debido proceso del accionante, porque la calificación emitida *“obedeció a criterios parciales e incompletos de la verdadera y actual capacidad psico-física del actor, en tanto solo tuvo en cuenta un aumento del índice de calificación de la ‘pérdida total de la visión del ojo derecho con enucleación’, porque ‘no [era] susceptible de prótesis’”*. La Sala Tercera de Revisión, estimó que dicha valoración no atendía al principio de integralidad, pues el organismo Médico Laboral de la Policía no había tenido en cuenta todas sus dolencias, dentro de las que debería haber incluido aquellas evaluadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C.

5.10.9. Recientemente, en la sentencia T-093 de 2016⁹², la Sala Tercera de Revisión encontró vulnerados los derechos a la salud, la seguridad social y el debido proceso de uno de los accionantes, entre otros, porque la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, había emitido un dictamen que no era integral. Al respecto sostuvo: *“la Sala considera que si bien el dictamen se fundamentó en la historia clínica, la valoración que se hizo de este medio de prueba no fue completa e integral, puesto que sólo se hizo referencia a tres sucesos todos*

⁸⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹² M.P. Alejandro Linares Cantillo.

ocurridos en el mes de noviembre de 2014. Ello a pesar que de lo manifestado por el actor en los hechos de la demanda de tutela, se desprende que le han realizado 4 cirugías y que ha sido valorado en varias oportunidades por los especialistas, afirmación que en ningún momento fue controvertido por las entidades accionadas.” Con base en lo anterior, ordenó a la Junta Nacional volver a calificar al accionante, con el respeto del debido proceso.

5.10.10. En todos los casos descritos, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional ordenaron a las entidades demandadas, volver a calificar la pérdida de capacidad laboral de los accionantes, bajo los lineamientos trazados en cada sentencia.

5.11. En conclusión, al momento de calificar la invalidez o pérdida de capacidad psicofísica, las autoridades competentes, tanto en el sistema general de seguridad social en salud, como en el subsistema de las Fuerzas Militares y de Policía, tienen el deber de evaluar integralmente a cada paciente, lo cual incluye el estudio de todas sus historias clínicas, que además deben estar actualizadas, así como el conjunto de las patologías que padezca. Antes bien, el respeto de dicha garantía, adquiere una especial relevancia cuando se busca una recalificación, por ejemplo, por la aparición de nuevas afectaciones que podrían haber sido causadas por la patología inicialmente valorada. A continuación la Sala se detendrá sobre este punto.

- La posibilidad de recalificación de la pérdida de capacidad laboral en el régimen de las Fuerzas Armadas

5.12. El artículo 22 del Decreto 1796 de 2000, establece que las decisiones del Tribunal Médico Laboral Militar y de Policía de Revisión, son irrevocables y obligatorias, y que por regla general contra éstas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes. En consecuencia, no se podrían efectuar nuevas calificaciones del estado de incapacidad, excepto en los casos de los pensionados por invalidez, pues esa misma norma dispone que a éstos se les deben realizar exámenes periódicos de revisión.⁹³

5.13. En este orden de ideas, es claro entonces que el Legislador contempló la posibilidad de una recalificación periódica únicamente para quienes al retirarse del servicio obtuvieron una pensión por invalidez, y las personas que sean calificadas con un porcentaje inferior al mínimo requerido para acceder a dicha prestación, no podrían volver a ser evaluadas, pese a que exista un

⁹³ Artículo 10, Decreto 1796 de 2000: “La Dirección de Sanidad de cada Fuerza o de la Policía Nacional, realizará por lo menos una vez cada tres (3) años exámenes médicos de revisión al personal pensionado por invalidez.// En caso de evidenciarse que no persiste la patología que dio origen a la prestación, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía procederá a revisar el caso.// PARAGRAFO 1o. La evaluación se llevará a cabo aplicando las mismas normas con las cuales se otorgó el derecho a pensión.// PARAGRAFO 2o. El incumplimiento de esta disposición por parte del pensionado, previo requerimiento en dos (2) oportunidades, dará lugar a la suspensión del pago de la pensión hasta cuando cumpla el requisito exigido.// PARAGRAFO 3o. Cuando la pensión sea originada por patologías psiquiátricas se deberá presentar certificación del tratamiento realizado y concepto actualizado del médico psiquiatra tratante.// PARAGRAFO 4o. El Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional señalará los procedimientos generales que seguirán para la realización de dichos exámenes.”

agravamiento de sus síntomas o una importante desmejora de su estado de salud.

5.14. Frente a lo anterior, esta Corporación ha manifestado que “[*prima facie*], no parece de recibo, a la luz de los principios y valores constitucionales, una interpretación del régimen legal y reglamentario de las fuerzas militares y de policía en materia de salud, que excluya toda responsabilidad del Estado en relación con desarrollos patológicos posteriores al retiro de una persona del servicio activo que no fueron tenidos en cuenta al fijar la condición de salud en la Junta Médica, con base en la cual se determinó el retiro, pero que pueden atribuirse de manera clara y directa a una situación de servicio”⁹⁴.

5.15. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional, en la sentencia T- 493 de 2004, reiterada por la sentencia T-140 de 2008, previó tres presupuestos para establecer la procedencia de una nueva valoración médica en los casos de no pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía, estos son: “(i) [la existencia de] una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) [que] dicha condición [recaiga] sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) que la misma se [refiera] a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro”⁹⁵.

Adicionalmente, en las sentencias T-696 de 2011⁹⁶ y T-539 de 2015⁹⁷, la Corte sostuvo, en relación con la conexidad exigida en el primer requisito, que “en muchas oportunidades, esta última relación no se muestra con claridad en sede judicial, entre otras cosas, porque es justamente lo que se pretende demostrar mediante la nueva calificación, cuya competencia está asignada a los órganos respectivos.”⁹⁸ Es decir que, la procedencia de la recalificación en este tipo de casos, no puede depender de que en la acción de tutela esté plenamente demostrada que la afectación en la salud del peticionario se haya dado en razón del servicio, pues dicha imputación, se hace, precisamente al calificar la pérdida de capacidad laboral, por las autoridades competentes.

5.16. Esta interpretación jurisprudencial, responde al deber constitucional que tiene el Estado de garantizar las condiciones necesarias para materializar una igualdad real y efectiva entre todas las personas, lo cual supone la adopción de medidas diferenciales a favor de quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, que les generan desventajas frente al resto de la población. Por ello, en los casos señalados, resulta procedente una recalificación, pues aunque formalmente la persona no fue considerada en estado de invalidez en el dictamen inicial, materialmente sí puede estarlo años después, por un empeoramiento progresivo de la patología que adquirió mientras prestó sus

⁹⁴Sentencias T- 493 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil, T-140 de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández, y T-539 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁷ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁸ Sentencia T-539 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

servicios a la Fuerza Pública. De allí que, las valoraciones que se hagan de la capacidad laboral deban ser integrales, e incluir conceptos médicos actualizados.

Con este marco de referencia, a continuación, la Sala abordará el análisis del caso concreto siguiendo el esquema propuesto al formular el problema jurídico.

6. El caso concreto

6.1. El accionante, quien actúa mediante apoderado judicial, prestó servicio a la Policía Nacional como patrullero entre el 29 de abril de 1999 y el 17 de febrero de 2009. Afirmó que en el año 2006, fue “*víctima de una emboscada por parte de un grupo subversivo*”⁹⁹ en los municipios de Caparrapí y La Peña, Cundinamarca, en la que murieron varios de sus compañeros, lo cual lo afectó psicológicamente. En la actualidad se encuentra en tratamiento por estrés post traumático y trastorno depresivo recurrente, diagnóstico por el que ha estado hospitalizado en varias ocasiones, que además, le genera ideas suicidas.

En virtud de lo anterior, ha sido evaluado en varias ocasiones respecto de su pérdida de capacidad laboral, por parte de las entidades médico laborales de la Policía Nacional, obteniendo los siguientes porcentajes: en 2010 se le determinó un 23.82%, con origen en el “*servicio, por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo*”; en el año 2013 se calificó con un 62.85% de origen común¹⁰⁰; y en el 2014 con 29.91% aclarando que no tiene ninguna patología determinada. Por último, ante las evidentes variaciones en los porcentajes de su pérdida de capacidad laboral, el señor Gamba Casallas acudió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, entidad que emitió Dictamen de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez el 15 de julio de 2016, y le otorgó un 86.50% de invalidez de origen común, determinando como fecha de estructuración el 18 de junio de 2013.

Posteriormente, el accionante solicitó al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía Nacional, que convalidara el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, y en consecuencia se enviara su caso a la Policía Nacional para efectos del reconocimiento de pensión de invalidez. Adicionalmente, pidió al Subdirector de la Policía Nacional, que reconociera a su favor una pensión de invalidez, y en caso de que la respuesta fuera negativa, le explicara las razones por las que dicha prestación no sería procedente, y se autorizara una nueva valoración médico laboral. La respuesta a ambas peticiones fue desfavorable al actor. Por lo tanto, instauró acción de tutela con el fin de que se protejan sus derechos

⁹⁹ Folio 1, cuaderno de única instancia.

¹⁰⁰ En la narración de los hechos el apoderado del accionante señala que este segundo dictamen, fue producto de un fallo de tutela que acogió sus pretensiones. Al proceso no se allegó copia de dicha decisión judicial, pero en su contestación, la Policía Nacional lo señaló como cierto. Dicha tutela no trató sobre los mismos hechos de la que ahora ocupa a la Sala, toda vez que lo que controvertió fue la primera calificación hecha por las autoridades médico laborales de la Policía Nacional.

fundamentales a la salud, a una vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la seguridad social, el derecho de petición y al acceso a la administración de justicia, y se ordene, de manera transitoria, a la Policía Nacional, el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez

6.3. Conforme a lo expuesto, y atendiendo a la metodología propuesta, la Sala comenzará por analizar el primer problema jurídico planteado, *supra* 2.3.1, correspondiente a determinar si la Policía Nacional vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, y a una vida en condiciones dignas del señor José Nelson Gamba Casallas, al negarse a reconocer una pensión de invalidez a su nombre, argumentando que el estudio de la pérdida de capacidad laboral del actor realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca cuyo resultado arrojó una pérdida de capacidad laboral de 86.50%, no le es oponible, en la medida que el régimen prestacional de dicha institución es especial, y está regulado en el Decreto 1796 de 2000.

- La Policía Nacional no vulneró los derechos fundamentales del accionante, por no convalidar el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca

6.3.1. Atendiendo a las consideraciones expuestas en los numerales 4.1. a 4.8. de esta sentencia, la Sala advierte que le asiste razón a la Policía Nacional al señalar que no puede reconocer una pensión de invalidez con base en un dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., toda vez que las Fuerzas Militares y de Policía tienen un régimen de seguridad social propio, que se materializa en un subsistema distinto al que se aplica generalmente a la población civil, el cual cuenta con una regulación específica, que atiende a las particularidades de la actividad que desarrolla el sector defensa.

6.3.2. En este orden de ideas, la entidad demandada no vulneró los derechos fundamentales del señor José Nelson Gamba Casallas por no admitir el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación para efectos de reconocerle una pensión de invalidez, pues de acuerdo con la normatividad vigente, las Fuerzas Militares y de Policía tienen una regulación especial, que responde a la forma en que se organizan logísticamente y a su misión constitucional. Por ello, dado que la prestación del servicio en dichos regímenes exigen unas cualidades físicas y psicológicas cualificadas, no es posible asimilar un dictamen emitido bajo las normas del régimen general, que no tienen en cuenta las peculiaridades propias de dicha actividad, en el subsistema de las Fuerzas Militares y de Policía.

6.3.3. Así pues, la Sala no accederá a la pretensión del accionante, encaminada a que se ordene a la Policía Nacional, validar el dictamen emitido el 15 de julio de 2016 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., que le otorgó un 86.50% de pérdida de capacidad laboral, y en consecuencia le reconozca transitoriamente una pensión de invalidez.

6.4. De otra parte, tal como se anunció en el numeral 2.3.2., la Sala entrará a estudiar un segundo problema jurídico, relativo a la vulneración del derecho de petición del señor José Nelson Gamba Casallas por parte de la Policía Nacional, al no dar respuesta oportuna y de fondo a la petición radicada el 21 de febrero de 2017, sobre una nueva calificación de su pérdida de capacidad laboral.

- *La Policía Nacional vulneró el derecho de petición del señor José Nelson Gamba Casallas*

6.5. El artículo 23 de la Constitución Política de 1991 consagra el derecho de petición, como una garantía que permite “*presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución*”. Esta Corte se ha referido en múltiples ocasiones¹⁰¹ al carácter fundamental del derecho de petición, y a su aplicación inmediata, de igual forma, ha señalado que su núcleo esencial se concreta en la obtención de una respuesta *pronta y oportuna* de lo solicitado, que además debe ser clara, de fondo y estar debidamente notificada, sin que ello implique necesariamente una contestación accediendo a la petición. En este orden de ideas, cualquier trasgresión a estos parámetros, esto es, si no se obtiene una respuesta oportuna, clara de fondo, congruente o si ésta no es puesta en conocimiento del peticionario, existe una vulneración del referido derecho fundamental.

6.6 El artículo 23 superior, dispone también que el legislador puede reglamentar el ejercicio del derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. A partir de ese mandato, el derecho de petición ha sido objeto de varias regulaciones, estando actualmente vigente la Ley Estatutaria 1755 de 2015 “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

6.7 Precisamente la ley 1755 de 2015 establece en su artículo 14 los siguientes plazos para dar respuesta a las peticiones:

“Artículo 14. *Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones.* Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse

¹⁰¹ Ver, entre muchas otras, las sentencias T-012 de 1992. M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-377 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-1160A de 2001. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-191 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño; SU-975 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-173 de 2003. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-183 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-951 de 2014 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-332 de 2015 M. P. Alberto Rojas Ríos, y C-007 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.”

Entonces, por regla general el término para dar respuesta a cualquier tipo de solicitud es de 15 días, a no ser que se trate de (i) requerimientos sobre documentos o información, para lo cual el término se reduce a 10 días; o (ii) que lo que se solicite sea una consulta a las autoridades sobre las materias de su competencia, caso en el cual cuentan con 30 días para atender la petición. En cualquier caso, si la autoridad advierte que no es posible cumplir con los plazos estipulados, deberá informar de ello al peticionario antes de que venza el plazo inicial, e indicarle el tiempo razonable que le tomará dar una respuesta de fondo.

6.7. Teniendo en cuenta lo anterior, y en vista de la solicitud que fue presentada por el accionante ante la Policía Nacional, la Sala advierte que en este caso, la Policía Nacional no cumplió con el plazo establecido en la ley para resolver la petición, que era de 15 días, y por ende, vulneró el derecho de petición del accionante, tal como se pasa a explicar.

6.7.1. Según las pruebas que obran en el expediente, el señor Gamba Casallas presentó derecho de petición ante la Policía Nacional el 14 de febrero de 2017, y solicitó (i) que le fuera reconocida una pensión de invalidez, con base en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca. Adicionalmente, en caso de que la respuesta a la anterior solicitud fuera negativa, (ii) que se autorizara una nueva calificación por parte del organismo médico laboral competente.¹⁰²

6.7.2. El Jefe del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional dio respuesta a la anterior petición el 2 de abril de 2017, y le informó al accionante que (i) de conformidad con la regulación especial del subsistema de seguridad social de

¹⁰² Folios 36 a 38, cuaderno de única instancia.

las Fuerzas Armadas, los dictámenes de calificación de invalidez expedidos por autoridades propias de otros sistemas, no les son oponibles, y en esta medida (ii) no era posible acceder a la solicitud de pensión de invalidez, porque el porcentaje determinado por los órganos competentes del sistema especial de seguridad social de las Fuerzas Militares y de Policía, no es igual o superior al 50%. Finalmente, sobre la solicitud de una nueva calificación (iii) afirmó que enviaría su petición al área de Medicina Laboral, por ser los competentes para el efecto.¹⁰³

6.7.3. De lo anterior se desprende que frente a la petición de una recalificación de la pérdida de capacidad psicofísica del señor José Nelson Gamba Casallas, la Policía Nacional no ha dado una respuesta de fondo, habiendo transcurrido el plazo señalado como oportuno para ello. Precisamente, el escrito de contestación a la acción de tutela, presentado ante el Juez de instancia el 10 de mayo de 2017 por la Policía Nacional, da cuenta de ello, pues para esa fecha, habían transcurrido prácticamente 3 meses desde la presentación de la solicitud, y sin embargo, lo único que dijo al respecto fue que en la respuesta que brindó al actor el 2 de abril del mismo año, se le informó sobre la remisión de ésta al área competente. Tampoco se tiene noticia de que hasta el momento, 9 meses después, la Policía Nacional haya dado una respuesta clara, oportuna y de fondo a la petición elevada por el actor.

En esta medida, no le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda-Subsección “A”, sobre la configuración de una carencia actual de objeto por hecho superado, en lo relativo al derecho de petición, pues si bien la Policía Nacional respondió de fondo las pretensiones relativas a la convalidación del Dictamen de la Junta Regional de Calificación, y el reconocimiento de una pensión de invalidez, nada dijo sobre la petición de recalificación del accionante. Por lo tanto, la Sala revocará parcialmente la sentencia de única instancia, y en su lugar otorgará el amparo al derecho de petición del señor Gamba Casallas.

6.8 Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo a las notables diferencias en los porcentajes de pérdida de capacidad laboral calificados al señor José Nelson Gamba Casallas, por las autoridades medico laborales de la Policía Nacional (23.82%, 68.85% y 29.91%) y el porcentaje asignado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (86.50%), y en virtud de las facultades con las que cuenta el juez de tutela que le permiten interpretar los hechos y pretensiones de la demanda, la Sala analizará, adicionalmente, si la Policía Nacional vulneró los derechos a la salud y a la seguridad social, del señor José Nelson Gamba, al abstenerse de autorizar una nueva calificación de su pérdida de capacidad psicofísica.

- *Las amplias facultades del juez constitucional*¹⁰⁴

¹⁰³ Folios 64 a 68, cuaderno de única instancia.

¹⁰⁴ En este apartado la Sala Novena se remite, principalmente, a lo expuesto recientemente en la sentencia T-368 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

6.8.1 En este punto, es pertinente recordar que, el juez de tutela cuenta con amplias facultades oficiosas que debe asumir de forma activa, con el fin de procurar una adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas. La jurisprudencia constitucional ha señalado, que en virtud de dicha potestad, puede incluso emitir fallos *ultra y extra petita*, esto es, “*decidir más allá de lo pedido o sobre pretensiones que no hicieron parte de la demanda*”¹⁰⁵.

6.8.2. Sobre esas amplias facultades, la Corte señaló, en la sentencia T-886 de 2000¹⁰⁶ lo siguiente:

*“[E]n razón a que la Constitución consagra la naturaleza informal de la acción de tutela y exige garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, el juez constitucional no está sometido a la causa petendi y puede estudiar la vulneración de derechos que no fueron invocados por el actor. Al respecto, esta Corporación¹⁰⁷ ha dicho que ‘la naturaleza de la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos *ultra y extra petita*. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental’¹⁰⁸”*

6.8.3. Precisamente, siguiendo estas consideraciones, la Corte Constitucional ha emitido varios fallos *ultra y extra petita*. Por ejemplo, en la sentencia T-805 de 2012¹⁰⁹, estudió el caso de una persona con múltiples afectaciones en su estado de salud, que solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez. Tras analizar varios regímenes pensionales, la Corte determinó que el actor no cumplía con los requisitos exigidos para acceder a dicha prestación. Sin embargo, consideró necesario estudiar si podía ser titular de una pensión de invalidez, análisis que resultó favorable al accionante. Así las cosas, resolvió ordenar al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor.

En sentido similar, la sentencia T-086 de 2015¹¹⁰ resolvió un caso en el que la

¹⁰⁵ Sentencias T-153 de 2011 y T-568 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁷ “*Pueden consultarse entre otras las sentencias T-532 de 1994, T-310 de 1995, T-049 de 1998, T-450 de 1998 y SU-429 de 1998.*”

¹⁰⁸ Sentencia T-049 de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

accionante solicitó que se ordenara a Colpensiones resolver el derecho de petición que había interpuesto, para el reconocimiento de una sustitución pensional. Pues bien, durante la revisión de los fallos de instancia, la Corte comprobó que la accionante cumplía con los requisitos exigidos por la ley para obtener dicha sustitución, y por lo tanto, no se limitó a la protección de su derecho de petición, sino que le ordenó directamente a dicha Administradora de pensiones, que reconociera y pagara la prestación social.

Recientemente, esta misma Sala de Revisión, en la sentencia T-368 de 2017¹¹¹ concedió el amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas, de una persona adulta mayor que contaba con una discapacidad auditiva congénita que le impedía comunicarse mediante lenguaje hablado, que solicitó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de invalidez a la que consideraba, tenía derecho. Durante la Revisión de los fallos de instancia, la Corte Constitucional encontró que la accionante reunía los requisitos necesarios para ser beneficiaria de una pensión de invalidez, por lo cual, pese a que ésta no había sido solicitada, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconocer dicha prestación a la accionante, e incluirla en nómina.

6.8.4. En suma, el juez constitucional tiene el deber y la facultad de ordenar la protección de los derechos fundamentales que encuentre vulnerados, así el accionante no los haya invocado expresamente, pues de lo contrario, podría afectar el acceso a la administración de justicia, así como la realización material de los derechos fundamentales de los tutelantes.

6.8.5. Por esta razón, aunque dentro de las pretensiones de la presente acción de tutela, el actor no solicitó que se ordenara una nueva calificación por parte del Tribunal Médico Laboral de la Policía Nacional, pero ello fue solicitado a la entidad demandada, sin obtener respuesta, y en vista de la calificación adelantada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, que determinó una pérdida de capacidad laboral del 86.50% da cuenta de una desmejora sustancial del estado psicológico del accionante, la Sala advierte que los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social pueden estar siendo vulnerados y, por ello seguirá con el análisis de los mismos.

- La Policía Nacional vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del accionante

6.4. Tal como se expuso en el título 5 de la parte motiva de esta providencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si se cumplen tres requisitos específicos, es posible acceder a una recalificación de la pérdida de capacidad laboral de un ex miembro de las Fuerzas Armadas. Los requisitos son: que exista una patología susceptible de evolucionar progresivamente, que la misma

¹¹¹ M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro del actor, y que dicha enfermedad sea atribuible al servicio.

6.4.1 En el caso concreto, la Sala encuentra que (i) actualmente el señor Gamba Casallas tiene una condición psicológica referente a trastornos de estrés postraumático, y depresión recurrente, ha evolucionado progresivamente, deteriorando ostensiblemente su estado de salud, y generando continuas hospitalizaciones. (ii) Las patologías señaladas no podían haber sido evaluadas efectivamente en el año 2010 cuando se realizó su primera calificación, pues en ésta solo existía un diagnóstico psiquiátrico de esquizofrenia y una lesión en una mano, que dio origen a una cirugía y una disminución de la fuerza y pinza del primer dedo de la mano derecha¹¹², y tal como ha quedado demostrado a lo largo de este proceso, los trastornos de estrés post traumático y depresión recurrente, sólo se manifestaron con el paso del tiempo. Finalmente, (iii) sobre el tercer requisito enunciado, es decir la relación entre los nuevos padecimientos y las lesiones originales, no se encuentra plenamente demostrada con rigor técnico científico en este proceso, pero tampoco es necesario que ello sea determinado en esta sede.

Si bien un presupuesto jurisprudencial para que proceda una nueva calificación, es que la reciente condición patológica del ex vinculado sea atribuible al servicio; esta Sala acoge la interpretación propuesta en el numeral 5.15. de la parte considerativa de esta sentencia, según la cual, a pesar de que dicha relación no esté demostrada en sede de tutela, *ello no constituye per se una razón válida para impedir la orden de recalificación, (...), puesto que sostener algo así, implicaría aceptar que la procedencia de la práctica del nuevo dictamen depende de que se demuestre lo mismo que se pretende demostrar con esta nueva valoración.*¹¹³

6.4.2. En este orden de ideas, la recalificación del peticionario es viable constitucionalmente y, en ese sentido, las entidades encargadas de valorar la pérdida de capacidad laboral en el Sistema de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional vulneraron los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del accionante.

6.4.3. Adicionalmente, esta Sala también encuentra que la última calificación efectuada al señor José Nelson Gamba Casallas no cumplió a cabalidad con el principio de integralidad, propio de este tipo de exámenes (ver *supra*, numerales 5.7. a 5.11.).

Lo anterior responde a varias particularidades evidenciadas en el proceso de calificación del accionante, que se enuncian a continuación:

(i) La primera Junta Médico Laboral de Policía que estudió el caso del accionante, fue la realizada el 3 de noviembre de 2010, en cuya acta quedó

¹¹² Folios 13 a 15, cuaderno de única instancia.

¹¹³ Sentencia T-539 de 2015. M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

consignado: *SITUACIÓN ACTUAL: Esta JML es autorizada por el Señor Director de Sanidad, mediante oficio N°. 3349 del 30/08/2010 DISAN-ARMEL POR INFORME ADMINISTRATIVO Y POR LA NOVEDAD DE RETIRO*¹¹⁴, y tras encontrar una disminución de la capacidad laboral total de 23.82% del señor José Nelson Gamba Casallas, estableció *“Imputabilidad del servicio. De acuerdo al Artículo 24 del Decreto 1796/2000 le corresponde el literal: B_ En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo. Se trata de Accidente [sic] Trabajo”*¹¹⁵.

(ii) Posteriormente, el acta de la Junta Médico Laboral del 22 de octubre de 2013, señaló en el apartado de situación actual: *“Esta JML es autorizada por el Señor Director de Sanidad, mediante oficio N° 227 del 1/10/2013 DISAN-ARMEL. Ingresa para la JML por ORDEN JUDICIAL y manifiesta que tiene JML previa y TML previa”*¹¹⁶, le asignó una disminución de la capacidad laboral total de 62.85%, y sobre la imputabilidad del servicio sostuvo: *“De acuerdo al Artículo 24 del DECRETO 1796/2000 le corresponde el literal: NO LE FIGURA INFORME ADMINISTRATIVO, SE TRATA DE ENFERMEDAD COMÚN”*¹¹⁷

(iii) Por último, el Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del 19 de diciembre de 2014, incluye como antecedentes del caso la Junta Médico Laboral que se le realizó al accionante el 22 de octubre de 2013. Luego de describir la situación del actor, expuso, entre otras, la siguiente consideración:

*“1. Respecto a las solicitudes realizadas por parte del apoderado, nos permitimos aclarar que con relación a la patología psiquiátrica que aqueja al calificado, esta instancia posterior [sic] la realización del examen mental por parte de este cuerpo colegiado, la revisión de los apartes de la historia clínica y con base en los antecedentes medico laborales en los que le figura una junta médica previa N° 1402 Folio 090-241 del 03 de Noviembre de 2010, la cual es ratificada por el tribunal médico N° 309-651 del 30 de Mayo de 2011, actos administrativos en los que ya le fue calificada la patología mental, se decide revocar los índices de lesión fijados en el acta motivo de revisión de esta instancia, toda vez que no es procedente un nuevo pronunciamiento.”*¹¹⁸

Seguidamente, asignó una disminución de la capacidad laboral total de 29.91%, y sobre la imputabilidad al servicio señaló: *“De conformidad con lo establecido en el artículo 15 y 24 del Decreto 1706 de 2000, le corresponde: 1. Patología previamente calificada. // 2. No hay patología establecida. // 3. No hay*

¹¹⁴ Folio 14, cuaderno de única instancia.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Folio 17, cuaderno de única instancia.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Folio 23, cuaderno de única instancia.

patología establecida.”¹¹⁹

6.4.3.1 Al analizar en conjunto las tres valoraciones adelantadas por los organismos médico laborales competentes que obran en el expediente, la Sala encuentra que aunque en el acta de la Junta Médico Laboral adelantada en 2010, quedó establecido que existe un informe administrativo sobre el caso del actor, en las siguientes ocasiones no se hace alusión al mismo. Por otra parte, en esa misma oportunidad, la Junta Médico Laboral dispuso que la pérdida de capacidad laboral del actor era en el servicio, por causa y razón del mismo, lo cual concuerda con su narración de los hechos, que señala un episodio vinculado a un ataque de un grupo armado ilegal como la causa determinante de las secuelas psicológicas que padece actualmente, el cual fue dado como cierto por la accionada en la contestación de la acción de tutela, pero esto no es analizado en los dictámenes posteriores. Adicionalmente, el acta del Tribunal¹²⁰ señala que se realizó un examen físico al accionante, pero no consta que se haya evaluado la salud mental del actor, ni existe evidencia de que, por lo menos un profesional de la salud con especialidad en el ámbito psiquiátrico o psicológico haya hecho parte del equipo médico que lo evaluó en dicha oportunidad.

6.4.3.2. Por lo tanto, la Sala concederá el amparo a los derechos de petición, a la salud y a la seguridad social del señor José Nelson Gamba Casallas, y en consecuencia, le ordenará la Policía Nacional, que autorice y convoque una Junta Médico Laboral, para que realice una nueva calificación integral al accionante, en la que (i) se evalúen todas sus patologías e historias clínicas; (ii) incluyendo una valoración de su estado mental actual, por parte de médicos especializados en psicología y psiquiatría; (iii) teniendo en cuenta el informe administrativo que dio origen a la calificación realizada en el año 2010; estableciendo, claramente (iv) si la pérdida de capacidad es imputable o no al servicio; y (v) la fecha de estructuración de la misma. También deberá tener en cuenta, como prueba relevante para el caso, (iv) el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, el 15 de julio de 2016, en los términos que a continuación se señalan.

6.4.3.3. El mencionado dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez otorgó al accionante una pérdida de capacidad laboral de 86.50%. Si bien dicha valoración no le es oponible a los organismos médico laborales de la Policía, y por ende la Sala no pretende que la nueva calificación que se realice coincida con el mismo, el dictamen debe valorarse como un insumo probatorio de contenido diagnóstico, que da cuenta de la evolución negativa de la salud psiquiátrica del accionante. Así pues, su observancia es obligatoria, ya que podría causar extrañeza que al señor José Nelson Gamba Casallas se le asigne un porcentaje de invalidez mayor en el régimen general de seguridad social, que en el subsistema especial de las

¹¹⁹ Folio 24, *Ibidem*.

¹²⁰ Folio 22, cuaderno de única instancia.

Fuerzas Militares y de Policía, teniendo en cuenta que, como se expuso en la parte considerativa de esta sentencia, éste último es más exigente frente a la idoneidad de las características físicas y psicológicas de sus beneficiarios.

7. Síntesis de la decisión

7.1. En el presente caso, la Sala encontró formalmente procedente la acción de tutela, por existir legitimación en la causa por activa y pasiva, y haber sido interpuesta un mes después del último acto administrativo expedido por la Policía Nacional, plazo que se considera razonable en términos de inmediatez. El requisito de subsidiariedad, por su parte, se analizó en dos etapas.

La primera correspondió a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Frente a ésta, la Sala estimó procedente la tutela, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pese a que el señor Gamba Casallas interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la respuesta emitida por la entidad accionada de negar el reconocimiento de dicha prestación social. Lo anterior, atendiendo a las especiales condiciones que de él se predicaban, (persona en condición de discapacidad, con un importante grado de vulnerabilidad económica), y al inminente peligro de sus derechos a la vida y a la salud, que podrían verse afectados en virtud de las ideas suicidas que ha manifestado en varias ocasiones, y que se podrían evitar mediante este mecanismo preferente y sumario. La segunda, se adelantó frente a la pretensión de protección del derecho de petición, que es una garantía que no cuenta con un mecanismo judicial idóneo y eficaz para su protección, y por ende, puede ser directamente reclamada en la acción de tutela.

7.2. En cuanto al fondo del asunto, sobre la pretensión del accionante de que se ordenara al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía validar el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca y en consecuencia, se le reconociera una pensión de invalidez, la Sala concluyó que ello no era posible, por cuanto el sistema general de seguridad social y el subsistema de las Fuerzas Militares y de Policía, difieren sustancialmente en virtud de las características físicas y psicológicas especiales que aplican para éste último, y rechazó la procedencia de la misma.

7.3. En lo que tiene que ver con la protección del derecho fundamental de petición, la Sala lo encontró vulnerado porque 9 meses después de haber solicitado una recalificación de la pérdida de capacidad laboral, la Policía Nacional no había dado una respuesta clara y de fondo al respecto.

7.3.1. Adicionalmente, haciendo uso de las amplias facultades con las que cuenta el juez constitucional, la Sala estudió la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del accionante, que encontró acreditada, tras verificar que el caso cumple con los requisitos fijados vía

jurisprudencia constitucional para poder recalificar a miembros de las Fuerzas Militares y de Policía que inicialmente fueron calificados en su pérdida de capacidad psicofísica con un porcentaje inferior al necesario para acceder a una pensión de invalidez; pues la condición psicológica actual del señor Gamba Casallas, ha evolucionado progresivamente, deteriorando su estado de salud. No se trata de enfermedades que pudieran haber sido evaluadas efectivamente en el año 2010 cuando se realizó su primera calificación, y aunque la relación entre los nuevos padecimientos y las lesiones originales, no se encuentra plenamente demostrada con rigor técnico científico en este proceso, no es necesario que ello sea determinado en esta sede, ya que es competencia de las autoridades médico laborales.

7.4. Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia de única instancia, y le ordenará a la accionada convocar y autorizar una Junta Médico Laboral que vuelva a calificar la disminución de la capacidad laboral del actor, en los términos propuestos en la parte considerativa de este proveído.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Revocar, la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección A, y en su lugar, **tutelar** los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y de petición, del señor José Nelson Gamba Casallas.

Segundo.- Ordenar a la Policía Nacional, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar y convocar una Junta Médico Laboral. Dicha Junta, deberá examinar nuevamente al señor José Nelson Gamba Casallas, y en un término no mayor a un (1) mes a partir de su conformación, expedir una nueva calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante.

La decisión que adopte la Junta Médico Laboral, deberá ser integral. Particularmente, tiene que (i) evaluar todas las patologías e historias clínicas del señor José Nelson Gamba Casallas; (ii) incluir una valoración de su estado mental actual, por parte de médicos especializados en psicología y psiquiatría; (iii) tener en cuenta el informe administrativo que dio origen a la calificación realizada en el año 2010; (iv) establecer clara y motivadamente si la pérdida de capacidad es imputable o no al servicio; (v) determinar la fecha de estructuración de la misma; y (vi) incluir como prueba relevante para el caso, el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de

Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, el 15 de julio de 2016, en los términos señalados en el numeral 6.4.3.3. de la presente sentencia.

Por Secretaría, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO

Sentencia T-717 del 11 de diciembre de
2017

Referencia: Expediente T-6.288.846

Magistrada Sustanciadora:
Diana Fajardo Rivera

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión en la sentencia T-717 de 2017, en el expediente de la referencia, me permito presentar Aclaración de Voto, pues si bien estoy de acuerdo con la decisión final de conceder el amparo de los derechos fundamentales del actor, lo cierto es que considero relevante lo siguiente:

1. Frente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, considero importante aclarar que los argumentos invocados para restarle idoneidad y eficacia al régimen de medidas cautelares consagrado en el CPACA (Págs. 12 a 16), no resultan suficientes. Esto por las razones que a continuación pasan a exponerse:

2. En el proyecto se aduce, con fundamento en las sentencias T-610 de 2017, T-376 de 2016 y C-284 de 2014, que existen diferencias “[...] *entre la idoneidad que le es propia a la acción de tutela, y a las medidas cautelares el CPACA [...]*”¹²¹. Tales diferencias le sirvieron a la Sala de Revisión para descartar la idoneidad del régimen contencioso de medidas cautelares y avalar la procedencia de la demanda de tutela.

Por un lado, se dijo, en el sistema contencioso administrativo se requiere abogado, mientras que en el amparo no se requiere de un profesional del derecho. Así mismo, la Sala tuvo en cuenta que las medidas cautelares del CPACA exigen que se preste caución, y en las que se dictan en procesos de tutela no. Por otro lado, se aduce que la tutela es un mecanismo principal y definitivo, a diferencia de las medidas cautelares que se caracterizan por su naturaleza transitoria. Finalmente, en la providencia se cuestionó el tiempo que puede pasar hasta que el juez contencioso resuelva sobre la petición de medidas cautelares y el hecho que una eventual decisión favorable podría ser objeto de apelación o súplica, según el caso.

3. Pese a lo anterior, considero que la Sala pasó por alto que si bien es cierto que el contencioso subjetivo requiere del ejercicio del derecho de postulación, también lo es que el señor José Nelson Gamba Casallas aquí actuó

¹²¹ Pág. 13.

a través de apoderado judicial. En esa medida, si lo que se quería era restarle eficacia al régimen de medidas cautelares argumentando que allí se requiere contar con un abogado, para los solos efectos del caso concreto, el argumento no resulta coherente, precisamente, porque el accionante ya cuenta con un profesional del derecho que representa sus intereses.

4. Así mismo, no tuvo en cuenta que aunque el artículo 232 del CPACA¹²² establece la obligación de prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que puedan ocasionarse con la medida cautelar; resulta evidente que el inciso final de esa misma norma reconoce que no se requerirá caución cuando lo que se pide es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, medida específica que debió ser analizada para determinar la procedencia de la tutela en el caso de la referencia.

5. Por otro lado, la Sala también pasó por alto que la naturaleza transitoria de las medidas cautelares no les resta eficacia en cuanto a la protección de los derechos subjetivos. Primero, porque el carácter temporal de las mismas está sustentado en la competencia del juez para resolver el conflicto mediante su sentencia, esto es, porque, de todas formas, el juez tendrá que pronunciarse definitivamente sobre la pretensión y los derechos en litigio. Segundo, porque, al igual que en el caso de los procesos de tutela, las medidas cautelares del CPACA tienen como uno de los factores relevantes la posible causación de un perjuicio irremediable para quien las pide (artículo 231.4 *ibídem*).

6. Igualmente, la Sala de revisión omitió tener en cuenta que el artículo 234 del CPACA¹²³ reconoce las medidas cautelares de urgencia, cuya resolución favorable podría darse incluso desde la presentación de la demanda (sin resolver sobre la admisión) y sin previa notificación a la otra parte. Esto es importante porque en la providencia se dijo que los diez días con los que cuenta el juez contencioso para pronunciarse sobre las medidas cautelares, le restan eficacia a las mismas, lo cual, aunque es cierto, es predicable de las medidas cautelares propiamente dichas y no de las de urgencia.

7. Finalmente, consideró importante resaltar que la Sala no tuvo en cuenta que el recurso de apelación o súplica que procede contra el auto que decreta las medidas cautelares, de resultar procedente, se concede en el efecto devolutivo, según los artículos 236 y 243 del CPACA. Esto implica, entre otras cosas, que no se suspende el cumplimiento de la orden dictada en la providencia recurrida, es decir, no se suspende el cumplimiento de la medida cautelar previamente

¹²² “Artículo 232. Caución. El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante. // La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable. // **No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.” (Negrillas propias)

¹²³ “Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar [...]”.

decretada por el juez contencioso.

8. En suma, considero que, al valorar la idoneidad y eficacia de estos otros mecanismos judiciales de defensa, la Sala y, en general, la Corte debería darle un mayor alcance al estudio del régimen legal de las medidas cautelares, bien sea el del CGP o aquel que contiene el CPACA.

Con el acostumbrado respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado