

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP13995-2018

Radicación No 100748

(Aprobado Acta No.360)

Bogotá. D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala la impugnación interpuesta por WILCER GERARDO PARRA NOVA, a través de apoderado, contra el fallo proferido el 4 de septiembre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual negó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados, supuestamente vulnerados por la Dirección General de la Policía Nacional.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados los fundamentos de la acción en el fallo constitucional de primera instancia:

Wilcer Gerardo Parra Nova se desempeñaba como Patrullero de la Policía Nacional desde el 10 de diciembre de 2005.

En el 2010 fue asignado a prestar servicios en el Grupo Antimotines de la Policía Metropolitana de Bogotá, donde el 1º de mayo de 2011, en el control de unos disturbios que se presentaron en la carrera 7ª con calle 22 del centro de esta ciudad, fue impactado con un artefacto explosivo “papa bomba”, por encapuchados, lo que le ocasionó pérdida temporal del conocimiento. Producto del golpe, la salud mental del accionante empezó a declinar.

El 28 de enero de 2014, la Trabajadora Social de la Policía Metropolitana de Bogotá, solicitó la reubicación laboral del accionante, con el fin de prevenir afectaciones al estado de salud, sin embargo, ello no fue posible, dado el acoso laboral y discriminación del que era víctima por parte de sus superiores.

El 8 de marzo de 2014, Parra Nova fue internado en la clínica “la inmaculada” e inicia tratamiento psiquiátrico por “trastornos de la personalidad y del comportamiento”.

Mediante conceptos emitidos el 14 de noviembre de 2017 y el 29 de mayo de 2018, la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar de la Policía, declaran al Patrullero accionante “no apto sin reubicación laboral”.

Con ocasión de dicho concepto médico el 1º de agosto del año en curso, se comunicó a Parra Nova, el retiro del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica.

Al respecto, el accionante considera que la decisión de retirarlo del servicio contraviene sus derechos fundamentales a la vida, salud, trabajo, estabilidad laboral reforzada y seguridad social, dado que desde hace 4 años se encuentra incapacitado con diagnóstico “trastornos mentales y del comportamiento”, para lo cual, se encuentra medicado con Clozapina, Valcote y Lorazepan, todo ello, producto de la prestación del servicio policial.

Aunado a ello cuenta con dos hijos menores que dependen de él y ante la difícil situación económica se le hace difícil el sustento de su núcleo familiar, lo que se puede evidenciar

mediante la orden de embargo del Juzgado 1º de Familia de esta ciudad, motivo por el cual requiere de su empleo.

Como consecuencia del amparo tutelar, solicita se ordene al Director de la Policía Nacional el reintegro laboral a un puesto de trabajo que se encuentre acorde a sus condiciones de salud y sus capacidades, de igual manera el pago retroactivo de todas las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones que dejó de percibir¹.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá indicó que el amparo era improcedente para resolver la situación planteada por el demandante, atendiendo la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, a saber, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en ejercicio de la cual puede solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional del acto administrativo cuestionado.

Consideró que en el presente caso no se está ante un evento de debilidad manifiesta que habilite el amparo constitucional porque el retiro se suscitó por la disminución psicofísica del uniformado y de acuerdo con los conceptos emitidos por la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, lo declararon no apto sin reubicación laboral, es decir, el retiro del servicio fue motivado².

LA IMPUGNACIÓN

El accionante disintió de lo resuelto por el a quo porque no tuvo en cuenta que PARRA NOVA está sujeto a protección constitucional reforzada, dado su delicado estado de salud mental, la falta de continuación del tratamiento psiquiátrico y la posibilidad que tiene la institución de reubicarlo en una labor acorde con sus estudios avanzados en derecho. Además, aportó suficientes pruebas con las que demuestra que el accidente fue laboral y no de origen común como lo alega la Policía Nacional.

Explica que su situación económica, personal y familiar habilitan la intervención del Juez de tutela, porque no cuenta con los medios económicos para sufragar sus gastos y los de sus hijos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De acuerdo con la preceptiva del artículo 1º del Decreto 1382 del 12 de julio de 2000, la Corte es competente para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. El carácter subsidiario de la acción de tutela respecto de actos administrativos

2.1. Para resolver el asunto la Sala debe reiterar que la acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, de orden subsidiario y residual³, lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien demanda.

Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte Constitucional, que a pesar de que los interesados cuenten con los medios ordinarios para defender sus derechos concretos, ninguno de estos mecanismos actúen de manera efectiva y eficiente. Es precisamente en dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite, en un Estado Social de Derecho, asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Constitución Política⁴.

Con todo, no se puede olvidar que la eficacia de los medios de defensa ordinarios, no necesariamente depende de la velocidad con la cual se resuelve un asunto, pues con este parámetro todas las demás acciones instituidas en el ordenamiento jurídico, con excepción del hábeas corpus, serían ineficaces y por lo mismo, ningún sentido tendría los otros

medios de defensa -consecuencia contraria a la esencia y teleología de la acción constitucional-.

2.2. La Ley 1437 de 2011 introdujo cambios significativos al procedimiento administrativo que, según la jurisprudencia constitucional, resultan relevantes para el examen de subsidiariedad de la acción de tutela contra actos administrativos. Así, una de las modificaciones más importantes es la relativa a las medidas cautelares. El artículo 230 establece que las mismas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en ello, el juez puede adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente⁵.

La suspensión provisional procede por la violación a las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre y cuando la infracción surja del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con los preceptos superiores invocados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud.

La oportunidad para decretar las medidas cautelares tiene una regulación particular, dependiendo de que se traten de medidas ordinarias o de urgencia. Respecto de las primeras se dispone que podrán ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. Frente a las medidas cautelares de urgencia, el Código prevé que desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción,

evidencia que por la urgencia que se presente no puede agotarse el trámite previsto⁶.

El acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior código – al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Tales modificaciones, sostiene la Corte Constitucional, inciden sustancialmente en la forma en la que debe ser apreciada la procedencia de la acción de tutela en cada caso particular, si se considera que para que ésta sea viable es necesario que los medios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas cuestionadas.⁷

Análisis del caso concreto

1. A voces del artículo 32, inciso 2° del Decreto 2591 de 1991, el juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándolo con el acervo probatorio y con el fallo. Si, a su juicio, la sentencia carece de fundamento, procederá a revocarla; si la encuentra ajustada a derecho, la confirmará.
2. Mediante Resolución No. 03455 del 5 de julio de 2018, el Director General de la Policía Nacional de Colombia dispuso el retiro del servicio activo en dicha institución de WILCER GERARDO PARRA NOVA, por disminución de su capacidad sicofísica, de conformidad con lo establecido en los artículos 54, inciso 1º, y 55, numeral 3 del Decreto-Ley 1791 de 20008. Con ocasión de dicho acto, aduce el actor, se vulneran sus derechos fundamentales a la vida, a la solidaridad, igualdad, salud, trabajo y estabilidad reforzada.
3. La Sala estima que en el presente caso la acción de tutela es improcedente al no cumplirse la exigencia de subsidiariedad, de acuerdo con la cual, esta únicamente procede

cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De modo que el demandante cuenta con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir la posible violación de sus derechos, mediante un procedimiento con etapas instituidas para que las partes ejerzan amplia y debidamente sus derechos de contradicción y defensa, garantías que evidentemente se ven cercenadas en el trámite del proceso de tutela debido a la brevedad, informalidad y sumariedad que lo caracteriza.

En lo concerniente a la aducida existencia de un perjuicio irremediable debe indicar la Sala, que no se descarta que el retiro de la vida policial puede incidir en los intereses del demandante, pero ello no comporta, per se, la configuración de una amenaza o peligro cierto y evidente sobre una garantía fundamental, ni puede calificarse como tal las afugias económicas derivadas del su condición de cesante, máxime cuando se advierte que la pérdida de capacidad laboral es del 8,50%, por lo que puede dedicarse a otra actividad de la que derive la remuneración necesaria para el sostenimiento propio y de su núcleo familiar⁹.

4. Ahora bien, aunque se hiciera abstracción de dicho presupuesto de procedibilidad, la Sala observa que el impugnante parte de un supuesto equivocado, al afirmar que procede el amparo constitucional debido a que su asistido se encuentra protección constitucional reforzada dado su estado de salud mental y precariedad económica, pues no es cierto que se encuentre en dicha condición, como pasa a explicarse.

Ciertamente el 30 de noviembre de 2016, WILCER GERARDO PARRA NOVA, fue valorado por la Junta Médica Laboral, concluyendo «CONCLUSIONES. Antecedentes -lesiones-afecciones-secuelas. CAMBIO PERDURABLE DE PERSONALIDAD, EPISODIOS DE DESCONTROL DE IMPULSOS. CAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL - NO APTO. Por artículo 59C (1), 59E,

REUBICACIÓN LABORAL NO. (...) No figura informe administrativo, se trata de enfermedad común»¹⁰.

Inconforme con dicho concepto, el interesado acudió ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, con el propósito de que «sea revaluada la calificación médica de primera instancia de fecha 30 de noviembre del año 2017, No. 12013, emitida por la Junta Médico Laboral, de la Policía Nacional, teniendo en cuenta que el grado de afectación por el trastorno mental, fue adquirido en actos del servicio, por ocasión del mismo y por acción directa del enemigo producto de un atentado con un artefacto explosivo “papa bomba”, mientras se estaba de servicio»¹¹.

En efecto, dicha instancia procedió a evaluar la disminución de la capacidad laboral del peticionario y conceptuó que se encontraba menguada en un 8.50 %, por lo que concluyó que «por lo anterior esta Sala considera RATIFICAR la decisión de la Primera Instancia. Con respecto al origen, esta Sala considera que es de carácter multifactorial donde intervienen factores sociales, culturales y de la personalidad, por ende una enfermedad común, no relacionada con la prestación del servicio. 2. Con respecto a la aptitud del calificado, esta Sala evidencia que se encuentran causales de no aptitud por lo cual se declara NO APTO para actividad policial de conformidad con el artículo 59 literal c ordinal 1 y artículo 68 literales a y b del Decreto 094 de 1998¹²».

Con relación a la posibilidad de reubicación, se indicó que debido a «que cuando hay una afección psiquiátrica se considera desde el punto de vista médico, que aún en labores administrativas, reubicar laboralmente al paciente en una institución castrense es un acto irresponsable que puede generar indefinidas consecuencias ante una reacción sorpresiva propia de estas enfermedades. Por tanto se despacha en forma negativa la reubicación laboral por parte de este organismo médico laboral, siendo importante aclarar que lo que realiza esta instancia es una recomendación quedando a discrecionalidad de la fuerza su reubicación o no reubicación laboral»¹³.

En ese orden de ideas, el retiro del servicio del actor no obedeció una presunta discriminación por razón de su supuesta discapacidad, por el contrario, dicha determinación obedeció a las patologías mentales que presenta y que llevaron al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía a conceptuar en forma negativa su reubicación laboral.

De tal manera, no se trata de un caso de estabilidad reforzada que amerite la protección constitucional en los términos indicado por la jurisprudencia (sentencia T-040 de 2016), toda vez que ante la imposibilidad de desarrollar normal y eficientemente la actividad policial, debió ser apartado del servicio, en tanto podría colocarse en riesgo tanto él como a los compañeros y a la comunidad.

Aclárese que lo pretendido por el actor a través de la justicia constitucional, es el cambio de origen (de común a laboral) de sus patologías mentales y así lograr la reubicación y consigo la remuneración y demás prestaciones sociales, luego, no puede invocar en el trámite excepcionalísimo previsto por el artículo 86 de la [Constitución Política](#) para esos fines, pues el juez de tutela se encuentra inhibido para realizar apreciaciones científicas al respecto, de ahí que se insista en que la vía contencioso administrativa es la indicada para presentar los dictámenes médicos que establezcan si el accionante es apto o no para el servicio.

Resulta pertinente citar lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2005, al revisar la constitucionalidad del Decreto 1791 de 2000:

No se trata de que la institución policial esté integrada por personas no aptas para desempeñar las labores propias del cargo y desatender por tanto la seguridad de los habitantes, su convivencia pacífica y el ejercicio de sus derechos y libertades públicas. Es necesario determinar si la persona, a pesar de ser discapacitada, posee capacidades físicas o psíquicas para desarrollar labores diversas a las estrictamente operativas. Teniendo en cuenta que las personas discapacitadas no constituyen un grupo homogéneo sino heterogéneo, en razón a que la discapacidad puede ser de grado mayor o menor y de

diferente tipo, el tratamiento otorgado también puede ser diferente sin que por ello exista vulneración de su derecho a la igualdad. Es importante considerar las circunstancias concretas de cada persona y tener en cuenta las capacidades que de ellas puedan aprovecharse para no adoptar una medida que resulte ser desproporcionada a los fines constitucionales.

Y añadió en la referida sentencia que:

No podría mantenerse en la Policía todo el grupo de personas que sufran alguna discapacidad, so pretexto de dar aplicación absoluta al principio de estabilidad laboral reforzada, porque se desnaturalizaría su función y se pondrían en riesgo sus importantes funciones constitucionales y legales y con ello los derechos de los ciudadanos. Con fundamento en lo expuesto, una persona discapacitada o con disminución de su capacidad sicofísica no podrá ser retirada de la institución por ese sólo motivo si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna labor administrativa, de docencia o de instrucción. Por ello es imprescindible que exista una dependencia o autoridad médica especializada que realice una valoración al individuo que tenga alguna disminución en su capacidad sicofísica para que, con criterios técnicos, objetivos y especializados, determine si dicha persona tiene capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución. Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable para tales tareas, podrá ser retirado de la Policía Nacional. Esa autoridad, conforme al artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, acusado, es la Junta Médico Laboral. No puede dejarse tal atribución a la mera liberalidad del superior o a cuestiones eminentemente subjetivas.

Precisamente la valoración a la que se hace referencia en la cita jurisprudencial, fue la que llevó a cabo el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, para colegir que PARRA NOVA no podría ser reubicado en otra dependencia de la Policía Nacional.

5. En lo concerniente a la aducida existencia de un perjuicio irremediable debe indicar la Sala, que no se descarta que el retiro de la vida policial puede incidir en los intereses del demandante, pero ello no comporta, per se, la configuración de una amenaza o peligro cierto y evidente sobre una garantía fundamental, ni puede calificarse como tal las afugias económicas derivadas de su condición de cesante, máxime cuando se advierte que la pérdida de capacidad laboral es del 8,50%, por lo que puede dedicarse a otra actividad de la que derive la remuneración necesaria para el sostenimiento propio y de su núcleo familiar.

6. Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, no existe mérito para acceder a la protección constitucional deprecada, dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y teniendo en cuenta que la actuación que se cuestiona no se evidencia como antojadiza o contraria a las garantías fundamentales del actor, ni se avizora la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. En consecuencia, será confirmada la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cuaderno 1. Fls. 187 – 189.

2 Ibídem. Fls.192-198.

3 Ver también sentencias: T- 1277 de 2005, T-771 de 2004, T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992

4 Ver entre otros: sentencias T-1277 de 2005, T- 771 de 2004, T- 408 de 2002, T-432 de 2002 y SU- 646 de 1999.

5 Sentencia SU-355 de 2015

6 Ibídem

7 Ibídem

8 Fl. 76.

9 Sentencia SU-355 de 2015

10 Cuaderno 1. Fl. 56.

11 Ibídem. Fl. 61

12 Ibídem. Fls. 72-73

13 Ídem. Fls. 73-74.