

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, nueve (09) de septiembre de dos mil once (2011)

Aprobado por Acta No. 0603

Hora: 10:05 a.m

1. - VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el señor **JHON JHAEER GIL TABORDA**, contra el fallo proferido por la señora Juez Tercera Penal del Circuito de Pereira, con ocasión de la tutela donde aparece como accionada la Policía Nacional de Colombia y el Departamento de Policía de Risaralda Regional 3.

2. - DEMANDA

Manifestó el señor **JHON JHAEER** que acudió a la acción de tutela en procura de la protección a sus derechos fundamentales a *la vida, el trabajo, el debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y a la rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos*, los cuales fueron vulnerados por la entidad accionada al no brindarle prestación de servicios médicos.

Para fundamentar su solicitud expuso entre otras cosas: (i) desde el 01-10-02 ingresó a realizar el curso de patrullero en la Escuela de la Policía Carlos

Eugenio Restrepo del municipio de la Estrella (Ant.) y se graduó el 28-03-03; (ii) inició sus labores como patrullero en la Policía Metropolitana de Medellín, donde estuvo hasta el 07-12-06 cuando fue trasladado a Quibdó al grupo Escuadrón Móvil de Carabineros (de contraguerrilla) EMCAR, lugar donde permaneció hasta septiembre de 2008 cuando lo enviaron a la ciudad de Pereira; (iii) debido a enfrentamientos con la guerrilla en Quibdó "perdió el oído" y tuvo que ser enviado a Sanidad de la Policía donde indicaron que debía ser remitido a cargos administrativos dadas sus dolencias físicas, el deterioro de su audición, y las secuelas neurológicas en su comportamiento, las cuales se manifestaron en la dificultad para articular palabras y la presencia de episodios de amnesias parciales en su vocabulario, pese a lo cual fue enviado a Tutunendo (Chocó) a apoyar nuevamente enfrentamientos con la guerrilla; (iv) el 21-04-08 se inició el proceso de junta médico laboral por enfermedad profesional, y el 24-04-08 se ordenó la reubicación en un cargo administrativo; (v) el 23-04-09 se inició estudio por medicina laboral, y el 07-09-09 se determinó antecedentes de vértigo y la necesidad de adaptar audífonos, los cuales a la fecha no se han entregado; (vi) por resolución N°0087 del 05-02-10 fue suspendido del cargo por el término de 9 meses, posteriormente, mediante resolución N° 3338 del 5-10-10 fue nuevamente suspendido del servicio, esta vez por 11 meses; y (vii) el 09-02-11 asistió a medicina laboral donde se certificó: "disminución capacidad laboral por hipoacusia neuro-sensorial bilateral".

Por todo lo anterior pidió que se tutelaran sus derechos fundamentales y se ordenara restablecer su servicio de seguridad social.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Una vez recibida la demanda, el despacho avocó el conocimiento y corrió traslado de la misma a la Policía Nacional de la ciudad de Bogotá, al Jefe Seccional de Sanidad de la Policía Nacional Rda, y al Comandante de

Policía Regional N° 3 de Pereira, motivo por el cual se recibieron los siguientes escritos:

- El Brigadier General JOSÉ DAVID GUZMÁN PATIÑO, Comandante Región de Policía N° 3 expuso: (i) el actor ha sido investigado y hallado responsable dentro de 5 investigaciones disciplinarias que han ocasionado la suspensión del servicio -cfr. cuadro folio19-; (ii) ni de los hechos, ni de las pruebas se desprende que la Policía Nacional (Seccional Sanidad Risaralda) haya vulnerado o siquiera amenazado los bienes jurídicos enunciados, ya que no existe ningún antecedente que demuestre la negación o tardanza de los servicios de atención en salud al señor GIL TABORDA, no existen registros de que el paciente haya consultado o solicitado algún tipo de atención desde el 05-02-10 fecha en la cual se hizo efectiva la notificación personal de la sanción disciplinaria que lo suspendió y lo inhabilitó por el término de 9 meses; (iii) los funcionarios encargados de las dependencias que prestan los servicios de salud, los encargados de las dependencias que prestan servicios de salud, saben que los miembros de esa Institución que se encuentren sancionados disciplinariamente tienen derecho a recibir atención, tal como lo indica el Decreto 1795 de 2000; (iv) según el reporte del sistema el 09-11-09 el patrullero accionante acudió a las instalaciones de Sanidad para asistir a consulta médica en la cual se determinó que debía regresar nuevamente para estudio de adaptación de audífonos, pero hasta la fecha no volvió y ello hizo imposible la continuación del tratamiento; (v) a su modo de ver el patrullero **GIL TABORDA** imagina que por su sanción no se le prestarán los servicios de salud, en atención a que se encuentra sancionado disciplinariamente, ello porque no indicó ninguna situación concreta en la que se le haya negado el servicio; (vi) con relación a la solicitud de pensión de invalidez, la acción de tutela no es la vía judicial adecuada para solicitar esa prestación, más aún cuando en este caso ni siquiera se ha hecho la solicitud formal ante esa entidad quien tiene un régimen especial de prestaciones.

- El jefe del Grupo de orientación e información de la Policía Nacional EDISSON JAVIER CANTOR OLARTE manifestó que una vez recibida la demanda de tutela, se procedió a verificar el Sistema de Talento Humano de la Policía Nacional en el que se registra que en la actualidad el actor se encuentra cumpliendo una suspensión disciplinaria y por ello la documentación debe ser remitida por competencia a la Inspección General de la Policía Nacional, lo cual hizo mediante oficio N°8055 del 05-05-11, pero adicionalmente refirió que en el caso de la pensión de invalidez solo es posible estudiar su procedencia cuando exista pronunciamiento de la junta médico laboral que determine la estructuración de una posible invalidez, situación que no ha ocurrido con el accionante, quien no probó la violación de sus derechos fundamentales.

- El Mayor General ORLANDO PÁEZ BARÓN Inspector General de la Policía Nacional luego de anunciar que el accionante ha sido sancionado disciplinariamente en varias oportunidades y que en la actualidad está cumpliendo la última de ellas, afirmó que en dichos procesos se han respetado las ritualidades y formalidades legales, además de los derechos fundamentales contenidos en el régimen disciplinario de la Policía Nacional (Ley 1015 de 2006 y 734 de 2002).

Adicionalmente la inactividad del actor para promover la acción de tutela en un período determinado, va en contra del principio de inmediatez que caracteriza ese trámite constitucional, situación ante la cual a través de este medio no puede pretender que se deje sin efectos la decisión que lo sancionó disciplinariamente, la cual se encuentra en firme.

- El Mayor EDGAR GUSTAVO NIÑO DÍAZ Jefe de Área de Medicina Laboral de la Policía Nacional adujo que una vez revisado el archivo de esa área, no se encontró antecedente médico laboral alguno a nombre del actor, pero que consultado el sistema de información de juntas medico laborales, el señor

JHON JHAEER tiene definida su situación médico laboral mediante junta médica 388 del 04/11/04, donde fue declarado apto para el servicio.

De la misma forma, que consultado el Sistema de Información del Talento Humano se pudo evidenciar que el señor **GIL TABORDA** no figura como retirado de la Institución, lo cual permite concluir que aún se encuentra afiliado al subsistema de Salud de la Policía Nacional.

Lo expuesto lo lleva a concluir que para el caso concreto no se está frente a la transgresión de los derechos fundamentales que se dicen lesionados, por cuanto las acusaciones que se hicieron no tienen ningún sustento y por el contrario esa entidad ha actuado de conformidad con la ley.

3.2- Agotado el término constitucional el despacho de primera instancia profirió fallo mediante el cual negó el amparo de los derechos fundamentales presuntamente transgredidos, en atención a que a juicio de esa instancia: (i) la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, con mayor razón en el caso del actor que a la fecha ni siquiera ha adelantado el proceso médico laboral necesario para determinar el grado de invalidez; (ii) en la documentación allegada a la demanda no se observa solicitud alguna que haya sido elevada ante la Policía Nacional a efectos de lograr el reconocimiento de sus derechos pensionales; (iii) el señor **GIL TABORDA** se encuentra inconforme con el hecho de que “según él” la entidad lo suspendió en procesos disciplinarios y debido a eso dejó de percibir los salarios a que tiene derecho; (iv) no se explica por qué el actor tardó tanto tiempo en interponer la acción constitucional, puesto que desde la fecha de la primera suspensión (20-01-10) hasta la interposición de la tutela (02-05-11), transcurrieron más de 15 meses, lo cual deja ver la falta de necesidad del accionante de buscar una pronta y efectiva protección a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados; (v) dentro del trámite no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera inaplazable la intervención del juez constitucional; (vi) con relación a la

vulneración al derecho a la salud, no obra en el infolio prueba de la negación del servicio por parte de la Policía Nacional, y además la entidad manifestó que la salud no ha sido suspendida en ningún momento, entonces puede acercarse a las dependencias de Sanidad de la Policía, para que le programen la cita relacionada con la adaptación de audífonos que tiene pendiente, y la correspondiente valoración por neuropsicología; (vii) en lo que tiene que ver con la afectación del derecho al debido proceso se conoció que en todas las investigaciones adelantadas por la Policía Nacional se le brindó la oportunidad de defensa, y adicionalmente se le notificaron todas las actuaciones para que pudiera interponer los recursos pertinentes, y si no lo hizo no es la acción constitucional el mecanismo idóneo para subsanar esa falta de actuar.

4. - IMPUGNACIÓN

En tiempo oportuno el señor **JHON JHAER** impugnó el fallo de primera instancia en los siguientes términos:

En atención a lo expuesto por la Policía Nacional en la respuesta de tutela informa que en mayo de 2010 fue llevado al hospital San Jorge de Pereira debido a un vértigo que le ocasionó un desmayo, pero en la Clínica le informaron que no tenía ningún seguro médico, motivo por el cual tuvo que pagar con sus propios recursos los exámenes que le practicaron.

Debido a la falta de un seguro médico su compañera sentimental lo afilió a la E.P.S Coomeva, y para llevar a cabo ese trámite no tuvo ningún inconveniente por múltiple afiliación, es decir, que la Policía Nacional no le estaba prestando ningún servicio; por ese motivo, considera que se violó el Decreto 1795 de 2000 que reglamenta el derecho al servicio de salud y seguridad social al personal policial que se encuentra suspendido por sanción disciplinaria.

Además de lo anterior el 09-11-09 la jefe de medicina laboral lo valoró y dispuso una nueva cita para el implante de audífonos y valoración por neuropsicología, pero cuando fue a pedir esa cita su historia clínica no apareció y por ello se negaron a fijar fecha y hora para la valoración.

Por lo expuesto pide que se restablezca plenamente el servicio de salud al que tiene derecho aunque esté suspendido disciplinariamente, y además, que de manera inmediata se continúe el tratamiento neuropsicológico, con el fin de que se determine su capacidad laboral, puesto que sus problemas de salud los adquirió en la prestación del servicio policial, y adicionalmente la falta de ingresos le afecta su mínimo vital.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

Se contrae a establecer el grado de acierto o desacierto de la determinación de primera instancia, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos que se asegura le fueron conculcados al accionante.

5.2.- Solución a la controversia

Aunque el escrito de impugnación que presenta el señor **GIL TABORDA** no contiene los motivos concretos por los cuales se encuentra en desacuerdo con la decisión adoptada por la juez de primer nivel, para la Sala es claro que su intención con la alzada es lograr que a través de este medio se le

ordene a la Policía Nacional que le siga brindando la prestación de los servicios médicos y adicionalmente se hagan las valoraciones que le permitan determinar su pérdida de capacidad laboral para con ello acceder a una posible pensión de invalidez.

Para efectos de lo anterior, desde ahora advierte esta Magistratura que comparte los argumentos expuestos en la sentencia de primer nivel que negó el amparo, por cuanto de lo vertido en el trámite no se concluye el quebrantamiento de los derechos fundamentales que considera transgredidos el actor, debido a lo siguiente:

- En todas las respuestas entregadas por la Policía Nacional se dejó claro que de conformidad con la ley aplicable al caso, en ningún momento esa entidad le había suspendido al peticionario la prestación de sus servicios médicos, y que por el contrario fue el usuario quien no regresó a seguir con su tratamiento médico, y aunque en el escrito de impugnación se hace referencia a dos hechos aislados supuestamente ocurridos en los años 2009 y 2010, los mismos no pueden tomarse como argumentos para pregonar la existencia actual de una vulneración de derechos. En primer lugar, porque se trata de situaciones que ocurrieron hace ya varios meses, incluso años, y a la fecha la entidad manifiesta que nunca ha negado el servicio y que por tanto el señor **GIL TABORDA** puede acudir a sus dependencias en cualquier momento y será atendido; y en segundo lugar, porque a pesar de esa supuesta negación, extrañamente en aquella oportunidad el actor no acudió al mecanismo de la tutela, por el contrario asumió una actitud pasiva y solo hasta ahora decidió dar a conocer esa irregularidad, pero tal afirmación de nada sirve porque la entidad manifiesta que esas afirmaciones no corresponden a la realidad y que está presta a atenderlo en cualquier momento.

En conclusión, si la entidad está diciendo que a pesar de las sanciones que ha tenido que afrontar el señor **JHON JHAER**, en ningún momento le ha

suspendido el servicio de salud, y que incluso puede acercarse a sus dependencias para concertar una cita, ninguna orden necesita emitir el juez de tutela, puesto que era eso precisamente lo que se pretendía con la acción.

Ahora, en cuanto a que se ordene continuar con el tratamiento neuropsicológico, con el fin de determinar la pérdida de su capacidad laboral, acorde con lo expuesto anteriormente serán los médicos tratantes quienes determinarán la necesidad de hacerlo y quienes lo orienten en el trámite y la forma, puesto que para ello se deben seguir unos pasos previamente establecidos en la ley, los cuales no pueden ser pretermitidos por un fallo de tutela, menos aún cuando no se trata de un caso en el que se quiere evitar o cesar un perjuicio irremediable.

Con relación al perjuicio irremediable la H. Corte Constitucional en sentencia T-309 de 2010 expresó:

“A efectos de determinar la irremediabilidad del perjuicio, la Corte ha considerado necesario establecer la presencia concurrente de varios elementos:

(i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada.

(ii) La gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad.

(iii) La urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; y

(iv) La impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.¹⁶¹

Además, de estos elementos configurativos del perjuicio irremediable, la Corte ha exigido, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, que tal perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable. [...]"

Como se puede ver, ninguno de los anteriores requisitos se cumplen en este caso, en el que el actor afirma que la Policía Nacional le negó la prestación de servicios médicos en noviembre de 2009 y mayo de 2010, es decir hace más de un año, y a penas ahora se decidió a interponer la acción constitucional.

Por otro lado, en relación con la afirmación que hace el impugnante relacionada con la vulneración del derecho al mínimo vital por la falta de ingresos, tal como ocurrió en la primera instancia, esta Sala tampoco encuentra razones suficientes para manifestar que se trata de una actuación irregular por parte de la Policía Nacional, dado que la falta de ingresos a la que se hace referencia tiene su origen en la sanción que a la fecha cumple el señor **JHON JHAEER**, la cual fue impuesta en el trámite de un proceso disciplinario que surtió efectos desde el 20-01-10, decisión contra la cual no se interpuso ningún recurso a pesar de haber sido debidamente notificada.

No puede olvidarse que el ejercicio de la facultad disciplinaria que ejercen las entidades, está sujeta al control judicial que realiza la Jurisdicción Contencioso Administrativa por ser una actuación netamente administrativa. Esta circunstancia es elemento indicador de la imposibilidad que en principio tiene el juez de tutela para interferir en este específico campo por respeto a la autonomía que posee la autoridad competente.

En esas condiciones, no puede reemplazar el juez constitucional a aquél en quien legalmente recae la jurisdicción y la competencia para que le sean

presentadas controversias como la que al parecer pretende el accionante en donde se cuestiona el resultado del trámite disciplinario.

Es lo cierto entonces, que el reclamo que plantea el actor debe ser ventilado ante el juez contencioso administrativo, por cuanto se debe tener presente que la acción de tutela es un instrumento de naturaleza residual, dado que **el escenario natural de protección de los derechos fundamentales es el trámite ordinario señalado por la ley**, lo que significa que el primer funcionario en quien recae la responsabilidad de hacerlos efectivos no es el juez de tutela sino la autoridad competente de conformidad con lo que es objeto de demanda.

Por vía jurisprudencial se tiene decantado que la actuación que concluye con una sanción en materia disciplinaria escapa al control del juez de tutela¹; sin embargo, se tiene igualmente diseñado un *test* que permite establecer en qué eventos esa regla de exclusión general de procedencia de la acción de tutela puede ser inaplicada para que el juez en sede de tutela entre a corregir los agravios cometidos, en especial, a restituir los derechos fundamentales vulnerados. De ello da cuenta, por ejemplo, la sentencia T-105 del 15-02-2007, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, por medio de la cual se señalaron esos requisitos de procedencia de la siguiente manera:

“En similar sentido la Corte ha precisado que ‘en sí misma, la imposición de una sanción disciplinaria no configura un perjuicio irremediable; si se han llevado a cabo las actuaciones procesales prescritas por la ley con el lleno de las garantías y requisitos constitucionales y legales, y se ha impuesto la sanción legalmente prevista para quienes incurran en faltas disciplinarias, se trata de una afectación legítima de los derechos del funcionario público objeto de la medida, y no de la generación de un perjuicio contrario al orden jurídico constitucional. La configuración de un perjuicio irremediable que ha de ser prevenido por vía de la acción de tutela surge, en este orden de ideas, cuando se presentan circunstancias excepcionales tales como las siguientes: (i) que existan motivos serios y

¹ Ver entre otras las sentencias T-301 de 1996, T-843 de 2008.

razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso; (ii) que el perjuicio derivado de la providencia sancionatoria adoptada de manera inconstitucional amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados, (iii) que el perjuicio en cuestión llene los requisitos de ser cierto e inminente, grave y de urgente atención, y (iv) que los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los afectados para su defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas con la urgencia requerida para impedir la afectación irremediable del derecho fundamental invocado”²

En ese orden de ideas y de cara al evento concreto que concita la atención del Tribunal, hay lugar a asegurar que de lo vertido en el presente trámite se extrae que la acción de tutela no es la vía idónea para cuestionar las presuntas irregularidades que se pudieron presentar, y por ello la decisión adoptada por la a quo se encuentra ajustada a derecho.

En conclusión, con fundamento en lo previamente expuesto, la Colegiatura acompañará la determinación adoptada por la juez de primer nivel que negó el amparo solicitado.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

² Ver sentencia T-1093/04 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES