DICTAMEN QUE CALIFICA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Improcedencia de la acción de tutela

(…), si el accionante no hubiese actuado de manera negligente, el proceso judicial principal para controvertir los dictámenes estaría en curso…, el accionante tuvo, vigentes y en curso, mecanismos para la modificación de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, lo que indica… que la tutela solicitada en este aspecto no resulta urgente.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia de tutela, por incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad

(…) el accionante no agotó ningún mecanismo, administrativo o ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para controvertir la negación pensional y, por el contrario, decidió acudir directamente a la acción de tutela. La inacción del accionante frente al acto de negación de la pensión implica que no se acreditan las exigencias para satisfacer el requisito de subsidiariedad de la tutela.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-Nadie puede alegar a su favor su propia culpa

PENSION DE INVALIDEZ EN EL REGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL DE LA FUERZA PUBLICA-Criterios para su determinación

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Quinta de Revisión-

SENTENCIA T-216 de 2023

Referencia: Expediente T-9.041.533

Acción de tutela interpuesta por Jhonatan Palacio Moreno en contra de La Nación – Ministerio de Defensa -Policía Nacional

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro

Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

A. HECHOS RELEVANTES

1. El señor Jhonatan Palacios Moreno ingresó a la Policía Nacional el 14 de enero de 20131.

1. La historia clínica del paciente identifica antecedentes de problemas médicos dermatológicos desde el 20132, sin embargo, sus complicaciones neurológicas–que posteriormente dieron lugar a su pérdida de la capacidad laboral– aparecen por primera vez en 2016, en forma de episodios convulsivos relacionados con epilepsia3.

1. Como consecuencia de sus males, el accionante fue incapacitado en varias ocasiones4, hasta que en junio de 2016 fue diagnosticado con un tumor cerebral, por lo que le fue indicado que no era apto para el manejo de armas y no estaba en plena condición de sus funciones cognitivas5. El médico tratante recomendó no modificar dichas restricciones hasta

no tener más claridad sobre el estado de salud del accionante. Las recomendaciones incluían: no trabajar en horarios nocturnos, no conducir vehículos de ningún tipo, no transportar por vía fluvial y no tener personal a cargo que dependiera de sus órdenes6.

1. En 2017, luego de haber sido evaluado por neurología, se le dio de alta con la posibilidad de continuar con sus actividades laborales normales, sin exceder sus capacidades. Por ello, el accionante continuó vinculado a la institución, aunque del 2017 a 2019 le fueron expedidas varias incapacidades parciales relacionadas con su trastorno epiléptico. Adicionalmente, durante este tiempo el paciente acudió al personal de salud para reportar pensamientos agresivos, problemas en su relacionamiento familiar y desacuerdos con sus comandantes7. En febrero de 2019, fue finalmente diagnosticado con epilepsia refractaria, trastorno cognitivo y trastorno de control de impulsos asociado a la epilepsia8.

1. Durante el año 2019, el paciente fue incapacitado repetidamente mediante órdenes que se prorrogaban mes a mes, durante el tiempo en que su situación laboral era definida por la Junta Médico Laboral9.

1. El 17 diciembre de 2019, la Junta Médico Laboral de Policía (No. 7344), luego de realizadas las evaluaciones pertinentes, el análisis de la historia clínica del accionante y una nueva lectura de anteriores estudios, determinó que la disminución de capacidad laboral del accionante ascendía al 19.46%10 y que su enfermedad se calificaba como un trastorno de los hábitos y los impulsos, no especificado, y de origen común11. Sumado a lo anterior, la Junta no sugirió reubicación laboral para el accionante, puesto que “dadas los antecedentes patológicos de epilepsia, la evolución de los mismos, el trastorno de discontrol de los impulsos y los rasgos mal adaptativos de la personalidad, el medio policial no es el recomendable para laborar”.

1. El 9 de marzo de 2020, el accionante recibió un dictamen de un médico particular,

especialista en salud ocupacional, quien determinó la pérdida de capacidad laboral del patrullero en 55.2%12.

1. El señor Palacios Moreno fue retirado de la Policía Nacional el 28 de octubre de 2020, mediante resolución 2602. El retiro se basó en reiteradas faltas disciplinarias que, sumadas (dos graves y dos leves dolosas), dan lugar a la configuración de una inhabilidad, según el artículo 38 de la Ley 734 de 200213. En la hoja de vida de policía del patrullero Palacios Moreno, que obra en el expediente (fecha de corte 29 de agosto de 2020), constan dos sanciones disciplinarias14.

1. El patrullero solicitó la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que, mediante acta No. M20-1014 del 25 de noviembre de 2020, ratificó la decisión de la Junta Médico Laboral de Policía No. 734415. En el acta se dejó constancia de que el accionante no aportó documentación diferente a la allegada en la convocatoria16.

1. El 15 de enero de 2021, el accionante recibió la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, determinando que su disminución de capacidad laboral ascendía al 66.39%17.

1. El accionante solicitó18, mediante derecho de petición radicado con el número E-2021-008846-DIPON del 24 de febrero de 2021, pensión de invalidez a la Policía Nacional, junto con afiliación al sistema de salud de la Policía y expedición de carnet de salud para sus hijos, con base en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia que determinó su pérdida de capacidad laboral de 66.39%.

1. Mediante oficio del 16 de abril de 2021, la Policía Nacional dio respuesta a la solicitud del

accionante informándole que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia era un documento médico del Sistema General de Seguridad Social y que carecía de fuerza vinculante en el subsistema de salud de la Policía Nacional. Por ello, no consideró procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada.19

1. Explicó el accionante que se encuentra en desacuerdo con la decisión, puesto que una valoración de un médico especialista en salud ocupacional y otra de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia han valorado su pérdida de capacidad laboral en 55% y en 66.39% respectivamente. Así, considera que tiene un grado de pérdida de la capacidad laboral mucho mayor al determinado por el personal del subsistema de salud de la Policía Nacional.

1. Por lo anterior, el accionante solicitó, mediante acción de tutela, que se “ordene al señor director general de la Policía Nacional, secretario general brigadier general Pablo Antonio Criollo Rey-Área de Prestaciones Sociales-Grupo de Pensiones, proferir reconocimiento y pago de pensión de invalidez, teniendo en cuenta el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Medellín” que calificó su pérdida de capacidad laboral en 66.39%.

1. Adicionalmente, solicitó que se declare sin efectos el acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M20-1014 del 25 de noviembre de 2020 y la Junta Médico Laboral No. 7344 del 17 de diciembre de 2019 por “ausencia de rigurosidad médica y atención a las patologías que se relacionaron a lo largo de este escrito y que están plenamente demostradas con mi Historial Clínico y valoraciones externas”.

A. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

1. Mediante oficio del 16 de abril de 2021 la Policía Nacional de Colombia contestó la tutela y dio respuesta a la petición elevada por el accionante (radicado E-2021-00846-DIPON). En dicho documento negó la solicitud de reconocimiento de pensión por invalidez y remitió por competencia a la Dirección de Sanidad, las peticiones relacionadas con la afiliación al subsistema de salud. La entidad argumentó que la calificación de la pérdida de capacidad laboral dictaminada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, del 66.39%, proviene y atañe al Sistema de General de Seguridad Social, por lo cual, resulta improcedente aplicarla al subsistema de la Policía, Indicó que el régimen especial de la Policía Nacional se encuentra en el Decreto 1796 del 2000, y en dicho decreto se establece que el órgano competente para emitir calificaciones de pérdida de capacidad laboral en el subsistema de la Policía es, únicamente, la Junta Médico Laboral de dicha institución.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, el 2 de junio de 2021

1. El Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá se dispuso a resolver dos problemas jurídicos: (1) la procedencia de la acción de tutela para cuestionar un dictamen cuyo medio de control es la nulidad y restablecimiento del derecho y cuyo término de caducidad se ha superado y; (2) la procedencia de la acción de tutela como mecanismo principal para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. El Juzgado decidió declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Jhonatan Palacios Moreno con base en las siguientes consideraciones:

1. Similarmente, indicó el juez de instancia que la jurisprudencia de esta corporación ha

dejado claro que la acción de tutela no puede ser utilizada como un medio judicial complementario, alternativo o adicional a los establecidos en la ley, puesto que el propósito de esta acción no es reemplazar los procesos ordinarios ni ser una vía para controvertir las decisiones que se adopten fruto de estos procesos. En este orden de ideas, a la tutela solo se debe acudir directamente cuando estos mecanismos ordinarios no existan o no resulten idóneos o eficaces para evitar un perjuicio irremediable.

1. En segundo lugar, señaló que, en materia específica del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, la tutela procede "cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, siempre y cuando el demandante demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado"20. En cuanto al concepto de perjuicio irremediable21, identificó que este se compone de 4 elementos: (i) inminencia y no mera expectativa, (ii) que requiere medidas urgentes, (iii) que el perjuicio sea grave y (iv) que la urgencia y gravedad determinen que la tutela sea impostergable, dado que la tutela debe ser adecuada para restablecer el orden social.

1. En tercer lugar, indicó que, para el caso en concreto, el medio de control para controvertir el dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según el contenido del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Asimismo, que dicha acción debía ejercerse en el término de 4 meses luego de la publicación o notificación del acto administrativo que se busca demandar. Por ello, resaltó que cuando el accionante interpuso la tutela, el 20 de mayo de 2021, ya habían transcurrido 5 meses y 24 días desde el dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, es decir que la acción para acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ya había caducado.

1. Determinó entonces el juez que se desconoció la naturaleza subsidiaria de la tutela al ser interpuesta directamente, sin acudir al medio de control ordinario, y destacó que la tutela no debe convertirse en un medio para evadir las consecuencias de la caducidad de una acción por pasividad u omisión en ejercerla.

1. En el mismo sentido, en materia de la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, el juez consideró que la negativa de la entidad del 16 de abril de 2021 constituía un acto administrativo susceptible de ser controlado también por vía de nulidad y restablecimiento del derecho. Tratándose del derecho a una prestación social, el juez consideró que el accionante no cumplió con la carga de acreditar la ineficacia del medio ordinario de defensa para acudir a la tutela directamente o como mecanismo transitorio.

1. Precisó el juez que el retiro del accionante de la Policía Nacional no se dio por las patologías que padece, sino por la causal de inhabilidad que se configuró por la comisión de conductas disciplinarias calificadas como graves. También, evidenció que el accionante incumplió sus deberes respecto a la alimentación de sus hijos, por lo que se procedió con el embargo de su sueldo. Aclaró que este hecho, por sí solo, no es indicativo de que exista un perjuicio irremediable respecto de sus hijos, por la falta de una pensión de invalidez. Luego entonces, no existiría razón para que se pretenda sustituir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o para que la tutela funcione en este caso como mecanismo principal.

1. En suma, el juez de primera instancia concluyó que la acción de tutela instaurada no supera el examen de procedencia porque no se cumplió el requisito de subsidiariedad en la interposición del amparo y no se acreditó condición alguna que permitiera su trámite como mecanismo transitorio, al no cumplir la carga argumentativa en torno a la ineficacia de los medios ordinarios de defensa, y no demostrar la configuración de un perjuicio irremediable originado en la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez.

Impugnación

1. Mediante escrito del 8 de junio de 2021, el accionante decidió impugnar la decisión del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, con base en los siguientes argumentos:

1. Que dentro del trámite procesal el juez de primera instancia presuntamente vulneró el debido proceso judicial frente a la notificación de las partes accionadas, pues solo dispuso llamar al Ministerio de Defensa Nacional y al director de la Policía Nacional, obviando convocar a la Secretaría General, Área de Prestaciones Sociales, Grupo de Pensiones y a la Junta Médico Laboral y Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

1. Que, dada la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia de 66.39% de pérdida de capacidad laboral, el accionante debe considerarse inválido y sujeto de especial protección constitucional. Por ende, debe darse por satisfecho el requisito de procedibilidad de la tutela, sin tener en cuenta la existencia de los medios de control ordinarios.

1. Que la renuencia del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía de tener en cuenta el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez desconoce lo establecido en el Decreto 1072 de 2015, que prevé la posibilidad de solicitar a las juntas regionales de calificación de invalidez que actúen como peritos.

1. De otro lado, el accionante manifestó que la tutela se interpuso con la intención de que fuera transitoria y para evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que se está pidiendo una protección inmediata para su vida frente a la ausencia de una valoración

adecuada. Adicionalmente, afirma que a la ausencia de estabilidad económica y de la posibilidad de conseguir un empleo por ser inválido no se le puede adicionar la carga de soportar el tiempo que toman los trámites ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. El accionante aseguró que el trámite ante dicha jurisdicción también se está adelantando de manera debida. En efecto, señaló que ha interpuesto una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y, por ende, el argumento del juez de primera instancia respecto a los requisitos de procedibilidad de la tutela se vería vencido en cuanto la tutela se estaría usando de manera subsidiaria.

1. Asimismo, aclaró que el retiro del servicio por motivo de faltas disciplinarias coincide con la época en que empezaron los trastornos de salud del accionante, de lo que asegura es posible concluir que las faltas disciplinarias fueron consecuencia de estos.

Segunda instancia: Sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el 5 de agosto de 2021

1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sede de segunda instancia, confirmó el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, con base en las siguientes consideraciones:

1. En principio, el tribunal trajo a colación la jurisprudencia22 de esta Corte para precisar las subreglas aplicables al reconocimiento de pensiones vía tutela. Destacó principalmente los siguientes requisitos: (i) que no se cuente con otro medio de defensa judicial idóneo; (ii) que sea necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que la falta de

reconocimiento de la pensión tenga su origen en actuaciones que permitan desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos; (iv) que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión con un alto grado de certeza; y (v) que a pesar de que el accionante le asista el derecho a la pensión, este le haya sido negado.

1. En cuanto a la procedencia de la tutela contra actos administrativos, el Tribunal resaltó los requisitos que ha establecido esta Corte que23: (i) la tutela no sea usada como mecanismo principal; (ii) se esté utilizando de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (iii) únicamente en estos casos el juez podrá suspender los efectos del acto u ordenar su inaplicación mientras se surte el proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1. En concreto, el accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, y, por ende, la tutela resulta improcedente. Esto teniendo en cuenta que el accionante solicitó controvertir dos actos administrativos cuyo medio de control ordinario es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que no habría agotado. Señaló que, si el accionante considera que se encuentra en situación de apremio, puede solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados24. Dicha posibilidad resulta suficiente como garantía para la protección de los derechos fundamentales, presuntamente vulnerados en el caso bajo estudio, haciendo innecesario acudir a la tutela para salvaguardarlos.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante auto del 13 de marzo de 2023, el despacho solicitó las siguientes pruebas en sede de revisión: (i) al señor Jhonatan Palacios Moreno25; y (ii) al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional26.

1. Mediante documento del 14 de marzo de 2023, el Área Financiera – Grupo Tesorería General de la Policía Nacional, remitió la lista los pagos hechos al señor Palacios Moreno por concepto de indemnización correspondiente a su grado de calificación de pérdida de capacidad laboral. En la misma fecha, el Ministerio de Defensa Nacional – Tribunal Médico Laboral manifestó que:

i. El señor Jhonatan Palacios Moreno hizo uso del recurso disponible para controvertir la decisión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del 17 de diciembre de 2019, aclarando que dicho Tribunal es órgano de cierre y contra sus decisiones solo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.

i. En relación con dicha calificación, el señor Palacios Moreno notificó a la entidad que se estaba realizando exámenes de calificación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Medellín para controvertir el resultado del Acta de Junta Médico Laboral.

i. El accionante no aportó, al convocar al Tribunal, copia del concepto de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia.

i. Al señor Palacios Moreno no le quedan recursos para controvertir la decisión del Tribunal, diferentes a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. Asimismo, el 14 de marzo de 2023, la Secretaría General de la Policía Nacional informó a esta Sala de Revisión que el accionante sí agotó la vía gubernativa dentro del procedimiento que determinó su grado de pérdida de capacidad laboral, y que no ha realizado solicitudes adicionales en relación con la calificación.

1. El 17 de marzo de 2023, el accionante le informó a esta Sala de Revisión que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue radicada con número 05837-33-33-002-2021-00077-00 el 23 de septiembre de 2021, sin embargo, esta fue inadmitida para que fuera subsanada y luego fue rechazada. El accionante manifiesta que no puede aportar copia del auto admisorio de la demanda o alguna constancia de radicación, porque fue rechazada y los intentos subsiguientes resultaron en demandas a las que no se les dio trámite. Por ende, el estado actual de los procesos es de “archivados”.

1. El 22 de marzo de 2023 se recibió documento expedido por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en el cual se manifestó a esta Sala de Revisión que la Junta Médico Laboral (JML) No. 7344 del 17 de diciembre de 2019 se realizó por solicitud del accionante, y en dicho proceso se dictaminó una incapacidad permanente parcial (IPP), sin reubicación laboral, con una disminución de la capacidad laboral del 19.46%. Dicha decisión fue impugnada ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, quienes mediante acta No. M20-1014 MDNSG-TML 41.1 ratificaron la decisión de la JML. Igualmente, se realizó una nueva JML No. 10897 el 18 de noviembre del 2022, por solicitud del accionante, como consecuencia de los exámenes de capacidad psicofísica por su retiro por destitución, en donde se determinó IPP, no apto para prestar el servicio de policía, sin reubicación laboral y una DCL del 23.50% y total del 42.96%. Señaló que dicha decisión se encuentra dentro del término de cuatro meses para ser controvertida en segunda instancia mediante la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. En relación con otras solicitudes hechas por el señor Palacios Moreno, se encuentra un oficio del 24 de febrero de 2021 mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, afiliación al sistema de salud, expedición de carnet para sus hijos, todo con base en la pérdida de capacidad laboral dictaminada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia. Dicha solicitud fue negada mediante

oficio del 6 de abril de 2021 por la Secretaría General explicando que el documento de la Junta Regional de Invalidez no tiene procedencia en el subsistema de salud de la Policía Nacional regido por el Decreto 1796 del 2000. Finalmente, indicaron que el accionante respecto a la JML No. 7344 agotó la segunda instancia obteniendo como resultado el pronunciamiento del Tribunal Médico Laboral No. M20-1014- MDNSG-TML 41.1. Sin embargo, respecto de la JML No. 10897 el acto administrativo se encuentra en término para ser controvertido.

1. Mediante correo electrónico del 23 de marzo de 2023 enviado por la Secretaría General de la Policía Nacional, se recibieron diferentes documentos27. En este sentido, consta en el expediente que mediante oficio GS-2023-011545- el Grupo de Asuntos Legales – Secretaría General de la Policía Nacional, manifestó que no existió ningún tipo de persecución laboral y que el accionante se limita a hacer afirmaciones sin proveer sustento probatorio de las mismas. Reiteran que el retiro de la institución del accionante obedeció a la causal de inhabilidad sobreviniente que se configuró por haber sido sancionado disciplinariamente en cuatro ocasiones28.

1. Mediante correo electrónico fechado 27 de marzo de 2023 el tutelante dio respuesta a las comunicaciones remitidas en sede de revisión, e informó a esta Sala que:

i. El Tribunal Médico Laboral vulneró su derecho al debido proceso administrativo porque se le llevó material probatorio nuevo documentando su estado de salud, que no fue tenido en cuenta.

i. El dictamen carece de motivación suficiente y no corresponde a los parámetros científicos y técnicos propios de esa disciplina.

i. Nada dice el Tribunal respecto de una reubicación laboral ni de su capacidad residual que, según el accionante, le permitiría contribuir a actividades de instrucción o docencia.

i. Al convocar al Tribunal Médico laboral, sí aportó material probatorio, como fue el dictamen del médico especialista en salud ocupacional que valoró su pérdida en 55%.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 29 de noviembre de 2022, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Once de esta Corte29, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

A. CUESTIÓN PREVIA – PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia30, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo,

procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable31 a un derecho fundamental. Con fundamento en estas consideraciones, procederá la Sala de Revisión a verificar la procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

Examen de procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

1. Legitimación por activa. El accionante interpone acción de tutela personalmente, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados podrá interpone acción de tutela en nombre propio. En consecuencia, la Sala de Revisión encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa.

1. Legitimación por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública, que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el caso que nos ocupa, el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, quienes actúan como accionadas dentro del trámite de la referencia, son entidades de derecho público, a quienes se les endilga la potencial vulneración de los derechos fundamentales indicados por el accionante, razón por la cual esta Sala considera que gozan de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente trámite de tutela.

1. Inmediatez. Respecto del requisito de inmediatez, descrito en la jurisprudencia constitucional para asegurar la efectividad y la pertinencia de la de la acción de tutela, para el caso bajo estudio esta Sala encuentra que hay varios actos administrativos que originan la controversia planteada por el accionante, y por ende, que pueden llevar a conclusiones diferentes a la hora de determinar si se cumplió o no con el mencionado requisito de procedencia. No obstante, dado que la solicitud original del accionante demanda el

reconocimiento de una pensión de invalidez y dejar sin efectos el acta del Tribunal Médico Laboral No. 7344, el análisis se centrará en los actos administrativos relacionados con dichas pretensiones.

1. Es pertinente recordar que la Corte ha producido jurisprudencia respecto de la evaluación del cumplimiento del requisito de inmediatez cuandoquiera que la tutela sea interpuesta por sujetos de especial protección constitucional, como podría ser una persona en condición de discapacidad con problemas neurológicos. En este orden de ideas, en la evaluación pueden tomarse en cuenta los elementos especiales del caso concreto para determinar la razonabilidad del tiempo que ha transcurrido antes de acudir al mecanismo de tutela32. Respecto del reconocimiento de una pensión de invalidez, se observa en el expediente que el accionante elevó solicitud a la Policía Nacional el 24 de febrero de 2021, que le fue respondida el 16 de abril de 2021. Por otro lado, el acta del Tribunal Médico Laboral fue expedida el 25 de noviembre de 2020. Dado que el auto admisorio de la tutela data del 20 de mayo de 2021, se considera satisfecho el requisito de inmediatez respecto de ambos actos.

1. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en los cuales sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en los casos en los que, existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o eficaces33 para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.34

1. En este sentido, conviene recordar que la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera pacífica varios criterios específicos que permiten evaluar si, en los asuntos en los que se solicita el reconocimiento y pago de una pensión, los otros medios judiciales son idóneos y eficaces para ejercer la defensa material de los derechos, de conformidad con las particularidades del caso concreto35. Precisamente, se ha dicho que el juez constitucional

debe valorar, entre otros, (i) la edad del accionante, puesto que las personas de la tercera edad y los menores son, en principio, sujetos de especial protección constitucional; (ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse; (iii) la composición de su núcleo familiar; (iv) las circunstancias económicas que lo rodean; (v) el hecho de haber agotado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el derecho; (vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y el momento de radicación del amparo constitucional; (vii) el grado de formación escolar del accionante y el posible conocimiento que tenga sobre la defensa de sus derechos; y (viii) la posibilidad de que se advierta, sin mayor discusión, la titularidad sobre las prestaciones reclamadas.

1. De otro lado, en relación con la existencia de un perjuicio irremediable y la eventual procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, esta corporación ha señalado que deberán reunirse los siguientes requisitos: "1ª) que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2ª) que de ocurrir, no existiría forma de reparar el daño producido; 3ª) que su ocurrencia sea inminente, esto es que amenaza o está por suceder prontamente; 4ª) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra; y 5ª) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo transitorio para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales"36.

1. En suma, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad requiere que se obre de manera diligente y se agoten las acciones judiciales que estén disponibles, siempre y cuando sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela no es procedente para reclamar prestaciones sociales37. No obstante, existen excepciones decantadas en las decisiones de esta Corte, respeto de la mencionada regla general de improcedencia, que exigen al demandante, en lo más relevante para este caso haber mostrado diligencia en "desplegar cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado"3839 para el acceso a la prestación reclamada en sede de tutela y que la demanda brinde a la Sala de Revisión "un adecuado

nivel de convicción sobre la existencia y la titularidad del derecho reclamado”40.

1. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional encuentra que el reclamo del señor Jhonatan Palacios Moreno incumple el requisito de subsidiariedad, por lo que el amparo que solicita resulta improcedente. Lo anterior, por las razones que se señalan a continuación:

1. En primer lugar, no se ven acreditados los presupuestos para poder reclamar prestaciones sociales vía acción de tutela, por disponer el accionante de otros medios idóneos para obtener la protección de sus derechos fundamentales y la eventual realización de su pretensión. En principio, los medios de control procedentes para controvertir actos administrativos, incluidos los que niegan las pensiones, son aquellos contenidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De esta manera, contra los actos administrativos proceden –en general- los recursos de reposición y apelación41. Una vez tramitados estos, se considerará agotada la vía gubernativa y es en este momento que el administrado puede optar por acudir ante los estrados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para hacer valer sus pretensiones. Para ello, cuenta con medios de control configurados de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones42. Típicamente, el medio de control procedente para reclamar pretensiones de naturaleza particular es la nulidad y restablecimiento del derecho.

1. En la acción de tutela es claro que el acto administrativo expedido por la JML, mediante el cual se dictamina la disminución de la capacidad laboral data de diciembre de 2019. Dicho acto podía ser controvertido administrativamente mediante el procedimiento de convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, según lo establecido en el Decreto Ley 1796 del 2000. Se observa que así lo hizo el accionante y que dicho organismo tomó una decisión a finales del año 2020, confirmando los elementos fundamentales del dictamen de la JML. Dicha decisión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, a su vez, podía ser controvertida por el accionante acudiendo al juez de lo contencioso administrativo para solicitar la nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo

en cuenta su inconformidad con la determinación sobre su disminución de capacidad laboral.

1. Si bien el accionante efectivamente acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como él mismo relata, su demanda fue señalada con algunos vicios que le merecieron la inadmisión. En efecto, los estrados judiciales competentes dieron aplicación a lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, exponiendo los defectos de la demanda -relacionados con deficiencias en el poder que le otorgó a su abogado-, y concedieron el término de diez días para corregirla. Para el caso del tutelante, las falencias en el escrito radicado no fueron enmendadas en tiempo, lo que dio lugar al rechazo de la demanda. Así, se evidencia que por fallas atribuibles al accionante, este no pudo hacer uso efectivo del medio de control que le corresponde a su pretensión. Esto lleva a concluir que fue por una actuación atribuible al propio demandante, que el mecanismo judicial principal para controvertir los dictámenes de calificación de pérdida de la capacidad laboral expedidos por el sistema de la Policía Nacional no se agotó, omisión que no puede subsanarse en sede de tutela al contravenir el contenido del requisito de subsidiariedad.

1. Sobre esto último, es importante recordar que el principio de derecho “nemo auditur propiam turpitudinem allegans”43 -que en términos coloquiales significa que nadie puede alegar a su favor su propia culpa-, ha sido utilizado en el marco del análisis de procedencia de la acción de tutela. Así, quien termina por su propia incuria en una situación de apremio, que lo impulsa a utilizar la tutela como mecanismo de protección, no puede alegar su negligencia como argumento para procedencia. En este sentido se ha señalado que “en virtud del principio nemo auditur propriam turpitudinem allegans -según el cual nadie puede alegar a su favor su propia culpa- no puede acudirse a la acción de tutela como una instancia adicional para revivir términos procesales vencidos, ni para subsanar omisiones o errores cometidos al interior del proceso”44 (se subraya). Asimismo, se ha indicado que “no se puede pretender el amparo de ciertos derechos, cuando su presunta vulneración haya sido una consecuencia de un comportamiento reprochable del mismo accionante, tal y como lo es

un actuar negligente u omisivo dentro de un proceso judicial”45.

1. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se concluye el incumplimiento del requisito de subsidiariedad en lo relacionado con la calificación de su pérdida de capacidad laboral, pues está claro que el señor Palacio Moreno, lejos de proseguir de manera diligente el proceso iniciado ante el juez contencioso administrativo -mediante la corrección de su demanda-, dejó agotar el término de 10 días para la correspondiente subsanación, sin que exista en el expediente algún tipo de justificación para dicha omisión. Así, si el accionante no hubiese actuado de manera negligente, el proceso judicial principal para controvertir los dictámenes estaría en curso y, tal como lo sugirió el juez de segunda instancia de tutela, el demandante habría podido solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados (ver supra, núm. 40) como forma de salvaguardar sus intereses y derechos. Esto indica que fue la propia conducta del tutelante la que impidió que mediante los mecanismos judiciales ordinarios pudiera ventilar su inconformidad con dictámenes del sistema de calificación de la Policía Nacional, situación que ahora pretende subsanar mediante la tutela objeto de análisis.

1. Ahora bien, en escenarios como este se ha considerado que la acción de tutela no resulta procedente, pues no solo no se verifica un actuar diligente en la instancia judicial –de lo que se deduce el no agotamiento de los recursos judiciales a disposición por omisión del actor-, sino que debe evitarse que el demandante se beneficie de su propia negligencia cuando trata de subsanar su inacción procesal mediante la tutela. Así, al haber omitido el cumplimiento mínimo de sus deberes procesales como demandante, que se concretaban en, al menos, intentar la subsanación de los errores detectados en su demanda y debidamente indicados por el juez de lo contencioso administrativo, se deduce que el demandante no agotó, por una decisión y negligencia propias, los mecanismos judiciales ordinarios a disposición suya. Esta situación conlleva el incumplimiento del requisito de subsidiariedad en el trámite de la acción de tutela.

1. Esta Sala quiere resaltar que de las pruebas recaudadas en sede de revisión se verifica que el accionante solicitó y obtuvo un nuevo dictamen médico-laboral del sistema de sanidad de la Policía Nacional, con posterioridad a la interposición y las sentencias de tutela objeto de revisión. En efecto, en noviembre de 2022 el accionante recibió un nuevo dictamen de la Junta Medico Laboral de Policía, que incrementó su disminución de capacidad laboral a un total de 42.96%. Dicho nuevo dictamen fue notificado el 9 de diciembre de 202246, y por ende, con él se generan nuevas oportunidades para controvertir esa calificación, en caso de inconformidad, mediante el mecanismo administrativo correspondiente, en este caso, la revisión por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y posteriormente una posible demanda ante lo contencioso administrativo en caso de que persista la inconformidad. De modo que, durante el estudio de esta tutela, el accionante tuvo, vigentes y en curso, mecanismos para la modificación de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, lo que indica a esta Sala que la tutela solicitada en este aspecto no resulta urgente.

1. En el mismo sentido del análisis anterior se tiene, en primer lugar, que frente al acto administrativo del 16 de abril de 2021 -mediante el cual se le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Palacios Moreno-, no se alzaron recursos, situación que fue confirmada en los distintos informes allegados a este despacho en sede de revisión. En efecto, respecto de dicha decisión de la Policía Nacional el accionante no agotó ningún mecanismo, administrativo o ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para controvertir la negación pensional y, por el contrario, decidió acudir directamente a la acción de tutela.

1. La inacción del accionante frente al acto de negación de la pensión implica que no se acreditan las exigencias para satisfacer el requisito de subsidiariedad de la tutela. En efecto, el accionante no desplegó una mínima actividad procesal administrativa (ver supra, numeral 53), que implicó que no agotara la vía gubernativa y, consecuencia de ello, no pudiera acceder al mecanismo principal de defensa de los derechos en estos casos, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces de lo contencioso

administrativo. En efecto, el no agotamiento de los recursos supone el incumplimiento del presupuesto procesal para el ejercicio de las competencias del juez encargado del mecanismo principal de defensa de los derechos fundamentales en materia de reconocimiento pensional47.

1. De otro lado, no se acreditaron en este caso particular razones que indiquen ni la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios, ni su ineficacia en el caso concreto, o circunstancias que expliquen la inacción del tutelante. Así, aunque el demandante padece una enfermedad grave y que puede considerársele sujeto de especial protección constitucional, lo cierto es que no ha exhibido una mínima diligencia en la protección de sus derechos.

1. Asimismo, el caso puesto a consideración por el señor Palacio Moreno no permite advertir, sin mayor discusión, la titularidad sobre las prestaciones reclamadas (ver supra, numeral 53), pues lo cierto es que las calificaciones del sistema de la Policía Nacional no indican una limitación de la capacidad laboral suficiente para acceder a la pensión de invalidez reclamada. Así, el demandante en este caso solo fue calificado con el 19.46% de pérdida de la capacidad laboral, y fue recalificado en noviembre de 2022 con el 42.96%. No obstante la discrepancia en el nivel de afectación en los dictámenes que se han practicado -que seguramente obedece a una progresión en los padecimientos del accionante-, lo cierto es que se evidencia una discusión respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.5 de la Ley 923 de 200448, discusión que resulta propia del juez natural.

1. Así, en este caso ninguno de los dictámenes practicados al accionante por los organismos médico-laborales militares y de policía supera el 50% de pérdida de la capacidad laboral, por lo que no es claro que el demandante logre el umbral mínimo para acceder a la pensión de invalidez de la Policía Nacional. Esta circunstancia implica que no pueda apreciarse, sin mayor discusión, que el derecho pensional reclamado se haya causado, o que el demandante pueda, prima facie, acceder a la pensión de invalidez solicitada.

1. Sobre esto, resulta indispensable destacar que uno de los requisitos aplicables al reconocimiento de las pensiones de invalidez en el sistema especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública exige que las calificaciones de la pérdida de la capacidad laboral provengan, única y exclusivamente, de los organismos médico laborales militares y de policía, pues así lo exige la norma legal antes citada de manera expresa. En consonancia con lo anterior, los criterios de evaluación de la pérdida de la capacidad laboral también pueden variar respecto de los aplicado en el sistema general de seguridad social, pues se exige que estos tengan en cuenta las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral, que son bien particulares para los miembros de la fuerza pública que enfrentan riesgos y tienen exigencias muy diferentes a los trabajadores o servidores de otros ramos.

1. Así, esta corporación se ha pronunciado en anteriores ocasiones respecto a la inadmisibilidad de calificaciones procedentes de otros regímenes distintos a aquel que cobija a la Fuerza Pública, determinando que no es procedente aplicar los criterios de una en otra, y que no por ello se está frente a un sistema violatorio del derecho a la igualdad49. Así, se ha dicho que:

“Esta distinción en los organismos de calificación. . . parte de la base fundamental de la diferencia de regímenes y de . . . los parámetros de calificación en cada uno, relacionados directamente con la diversidad de los grupos sociales cubiertos y del método para asignar los porcentajes de pérdida de capacidad laboral. Por esa razón, una lesión única puede calificarse de forma distinta en uno y otro régimen. En otras palabras, 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 distinto50”.

1. Con fundamento en lo anterior, se reafirma que, en este caso concreto, no aparecen

acreditados en el expediente elementos que muestren mínimamente la titularidad prima facie del derecho pensional51. Esto, pues aunque el demandante aporta dictámenes de un médico especialista en salud ocupacional y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia –que pertenecen al Sistema General de Salud y no son organismo médico -laboral militar o de policía-, que han valorado su pérdida de capacidad laboral en 55% y en 66.39% respectivamente, dichos dictámenes no activan prima facie el derecho pensional en el caso del régimen aplicable a los miembros de la Policía Nacional52.

1. En este orden de ideas, estima la Sala de Revisión que en el presente caso no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para desplazar los mecanismos judiciales principales para el reconocimiento de las pensiones, en tanto el demandante no exhibió un mínimo de diligencia procesal respecto de su solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez. En efecto, se ha demostrado que respecto de las dos pretensiones elevadas por el demandante se han dado circunstancias que no permiten considerar que, para el caso concreto, los mecanismos administrativos y judiciales en materia de calificación y reconocimiento pensional resulten inidóneos o ineficaces, dada una actuación poco diligente de parte del accionante, que imposibilita el análisis de la posible afectación de los derechos fundamentales de la accionante. Asimismo, la discusión respecto del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez de la Policía Nacional corresponde a un debate propio del juez natural, dado que en sede de revisión no resultan identificables, sin mayor discusión, la titularidad sobre las prestaciones reclamadas.

1. En consecuencia, la Sala de Revisión encuentra que en este caso concreto no se cumplió el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela. Así las cosas, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera Subsección “A” el 5 de agosto de 2021, que declaró improcedente la acción de tutela, luego de confirmar la decisión proferida en primera instancia.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. El accionante señor Jhonatan Palacios Moreno, antiguo miembro de la Policía Nacional, le fueron practicados exámenes médicos por el órgano competente del subsistema de salud de la Policía Nacional. En estos se determinó un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 19.46%, originada en una condición neurológica. Inconforme con la anterior calificación, el patrullero acudió a organismos pertenecientes al Sistema General de Salud y Seguridad Social en busca de una calificación distinta, que obtuvo de parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia y que determinó una pérdida de capacidad laboral del 66.39%. Con base en esta última calificación, el patrullero solicitó una pensión de invalidez al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, que le fue negada por considerar que el patrullero no cumplía con los requisitos para acceder a la prestación.

1. Sin agotar las instancias administrativas y judiciales a su disposición, el accionante presentó acción de tutela solicitando: (i) revocar los actos administrativos que dictaminan su pérdida de capacidad laboral en 19.46%; y (ii) ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez. El accionante reclamó una especial protección por razón de su estado de salud y una alegada afectación económica. Evaluados los requisitos generales de procedencia de la tutela como mecanismo para reclamar prestaciones sociales, se constató que en el caso bajo estudio no se acreditó el cumplimiento del requisito de subsidiariedad. En consecuencia, y dado el incumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela analizada, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidió confirmar el fallo de tutela de segunda instancia expedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 5 de agosto de 2021, por medio del cual se reiteró la improcedencia del amparo solicitado.

I. DECISIÓN

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

Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la decisión de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera Subsección “A” del 5 de agosto de 2021.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Referencia: sentencia T-216 de 2023

Magistrado ponente:

Alejandro Linares Cantillo.

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Quinta de Revisión, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. Estoy de acuerdo con el resolutivo de la decisión, puesto que la pretensión de la acción de tutela mediante la cual el accionante pretende declarar la nulidad de las Resoluciones 02602 y 02609 del 28 de octubre de 2020, así como del acta del 25 de noviembre de 2020 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, no satisface el requisito de procedibilidad de subsidiariedad.

Sin embargo, aclaro mi voto porque, en mi criterio, (1) la titularidad prima facie del derecho fundamental cuya violación se invoca no es un criterio para el estudio del requisito de subsidiariedad y (2) el estado de afiliación al régimen de seguridad social en salud (subsidiado o contributivo), no es una prueba que, por sí sola, permita desvirtuar o confirmar la situación de vulnerabilidad económica y social del accionante.

1. La sentencia indica que el requisito de subsidiariedad no se encuentra acreditado porque, a partir de un estudio prima facie, era posible inferir que el accionante no era titular de la prestación pensional. Discrepo de esta aproximación porque, en mi criterio, la “titularidad prima facie” del derecho reclamado por vía de acción de tutela es un estudio de fondo que, en principio, no debe ser llevado a cabo al examinar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad. Conforme al artículo 86 de la Constitución, el estudio de subsidiariedad se circunscribe a determinar si el accionante (i) cuenta con medios ordinarios idóneos y eficaces o (ii) se encuentra ante un riesgo de perjuicio irremediable que habilite la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. El estudio sobre la titularidad del derecho presuntamente vulnerado no encuadra en ninguno de estos dos supuestos.

2. La sentencia concluye que el accionante no se encontraba en situación de vulnerabilidad económica y social porque, según las bases de datos del SISBEN, no está afiliado en el régimen subsidiado. Concuerdo con la sentencia en que esto era un indicio de capacidad económica, pero no es, per se, como lo sugiere la mayoría, plena prueba que desvirtúe el estado de indefensión. Considero que en casos como este, en los que existen dudas sobre la vulnerabilidad económica y social del accionante, la Corte debe hacer uso de sus facultades probatorias con el objeto de determinar, entre otras, (i) el nivel de ingresos, (ii) estado de salud y (iii) composición de la red de apoyo del accionante. Lo anterior, con el propósito de fortalecer el examen de subsidiariedad y constatar que no es desproporcionado imponer al accionante la carga de acudir al proceso ordinario o contencioso.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

1 Escrito de tutela, folio 2.

2 Escrito de tutela, folio 120.

3 Escrito de tutela, folio 143.

4 Escrito de tutela, folio 120-167.

5 Escrito de tutela, folio 168.

6 Escrito de tutela, folio 169.

7 Escrito de tutela, folio 200.

8 Escrito de tutela, folio 241.

9 Escrito de tutela, folio 250.

10 Escrito de tutela, folios 27-36

11 Escrito de tutela, folio 81.

12 Escrito de tutela, folios 25-36

13 Escrito de tutela, folios 43-44.

14 Escrito de tutela, folio 57.

15 Escrito de tutela, folio 71.

16 Escrito de tutela, folio 61.

17 Escrito de tutela, folios 37-42.

18 Escrito de tutela, folios 91-99.

19 Escrito de tutela, folio 87-89.

20 Corte Constitucional, sentencia T-328 de 2017.

21 Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2010.

22 Corte Constitucional, sentencia T-258 de 2012.

23 Corte Constitucional, sentencia T-435 de 2005, T-440 de 2014.

24 Sentencia del 5 de marzo de 2014 del Consejo de Estado. Rad.25000-23-42-000-2013-06871-01.

25 Se le solicitó allegar copia del auto admisorio, u otro documento donde conste la radicación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que mencionó en el escrito

de impugnación de fecha 08 de junio de 2021, además, se le solicitó informar al despacho del estado de dicho proceso. Se le solicitó informar si se interpusieron recursos en contra de los siguientes actos administrativos: (i) mediante el cual se ordena el retiro del accionante de la Policía Nacional, (ii) mediante el cual se niega el reconocimiento de la pensión de invalidez, y (iii) el dictamen emitido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que confirma su calificación de disminución de la capacidad laboral.

26 Si el señor Palacios Moreno agotó la vía gubernativa en relación con el procedimiento que determina su grado de calificación de la pérdida de capacidad laboral, así como de los procedimientos mediante los cuales fue removido de la institución y le fue negado el reconocimiento de una pensión de invalidez. Si al convocar al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el señor Palacios Moreno adjuntó copia del concepto de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia. Si el señor Palacios Moreno aún dispone de recursos para solicitar una revisión de su calificación de pérdida de capacidad laboral. En relación con su retiro de la entidad, adjuntar detalle de las faltas disciplinarias que tuvieron como consecuencia el retiro del señor Palacios Moreno. Por último, si la entidad ha sido notificada o tiene conocimiento de procesos en su contra en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instaurados por el señor Palacios Moreno, para controvertir actos administrativos expedidos por la entidad

27 Se recibieron los siguientes documento: (i) Copia de la Resolución 2602 del 28 de octubre de 2020 “Por la cual se retira del servicio activo a un Patrullero de la Policía Nacional”; (ii) Listado de verificación de funcionarios con procesos disciplinarios donde consta el estado de todos los procesos adelantados en contra del señor Palacios Moreno junto con la respectiva decisión; (iii) Documento del Grupo de Seguimiento y Control Procesos Judiciales donde se da cuenta de que el señor Palacios Moreno “agotó el requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, solicitud de conciliación extrajudicial” donde pretendió que se declarara nulo el acto administrativo por medio del cual fue retirado de la institución; (iv) Certificado de antecedentes disciplinarios del señor Palacios Moreno, emitido por la Procuraduría General de la Nación, donde constan tres sanciones disciplinarias y la configuración de una inhabilidad automática para desempeñar cargos públicos, según el contenido de la Ley 1952 art. 42, iniciando el 16 de septiembre de 2020 y finalizando el 16 de septiembre de 2023; y (v) Documento del 21 de marzo de 2023 elaborado por la Jefe del Área Jurídica de la Secretaría General de la Policía, donde refuta las afirmaciones del

accionante en cuanto a los motivos para su desvinculación y aclara que esta decisión se dio como resultado de la inhabilidad que sobreviene por tener tres sanciones disciplinarias

28 A la mencionada comunicación, se adjuntó listado de verificación de funcionarios con procesos disciplinarios (5 folios) para soportar sus afirmaciones.

29 Se puede consultar en: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2029%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202022%20NOTIFICADO%20EL%2015%20DE%20DICIEMBRE%202022.pdf

31 Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: "(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables." Ver, sentencia T-896/07, entre otras.

32 Corte Constitucional, sentencia T-805 de 2012.

33 Con relación al concepto de idoneidad se considera que un mecanismo judicial resulta idóneo cuando resulta ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales; en materia de eficacia se ha considerado que un recurso judicial reúne tal característica efectiva cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Al respecto se pueden consultar las sentencias T-211 de 2009 y T-092 de 2016.

34 Corte Constitucional, sentencia SU-075 de 2018.

35 Tomado de la sentencia T-080721. Estos requisitos fueron sistematizados por la Corte en la sentencia T-634 de 2002 reiterada, entre otras, por las sentencias T-050 de 2004, T-159 de 2005 y T-079 de 2016. Esta regla jurisprudencial ha sido retomada más recientemente en sentencias T-344 de 2021 y T-045 de 2022.

36 Corte Constitucional, sentencia SU-1070 de 2013.

37 Corte Constitucional, sentencias T-174 de 2008, T-607 de 2007, T-229 de 2006, entre

otras.

38 Corte Constitucional, sentencia T-090 de 2009.

39 Una de las mencionadas excepciones para considerar procedente un reclamo de esta naturaleza, es que se esté acudiendo a la tutela como mecanismo transitorio para hacer frente a un perjuicio irremediable. En este escenario se torna relevante analizar si el accionante ha desplegado una “diligencia mínima”. Al respecto, ver sentencias T-941/11, T-586/10, T-894/10 y T-335/11.

40 Corte Constitucional, sentencia T-079 de 2016.

41 Ver, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 74.

42 Ver, sentencia 5000-23-27-000-2007-00191-01(17251) del Consejo de Estado.

43 Este principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional desde la sentencia C-083 de 1995, en la que se concluyó que “quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares” (Subrayado por fuera del texto original). Así, “para este Tribunal, la regla general del derecho, según la cual no se escucha a quien alega su propia culpa (bajo el aforismo nemo auditur suam turpitudniem allegans) hace parte del ordenamiento jurídico y resulta compatible con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en la medida que tiene por fin imposibilitar el acceso a ventajas que se consideran indebidas o inmerecidas jurídicamente. Así, existe el deber de negar toda pretensión cuya fuente sea el propio error, dolo o culpa” (Corte Constitucional, sentencia T-122 de 2017).

44 Corte Constitucional, sentencia T-335 de 2018, retomando consideraciones de las sentencias T-557 de 1999, T-255 de 2002, T-211 de 2009 y T-006 de 2015.

45 Corte Constitucional, sentencia SU-103 de 2022.

46 Consultar archivo “RESPUESTA H, CORTE CONSTITUCIONAL Caso JHONATAN PALACIOS

MORENO 301.pdf”, fl. 18.

47 Ver, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Arts. 161 y 87.

48 Se recuerda que “esta Corte se ha pronunciado en diferentes ocasiones acerca del porcentaje mínimo de disminución de capacidad laboral requerido por los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; del recuento jurisprudencial realizado se puede establecer que la Corte ha aceptado (i) la aplicación retroactiva de la Ley 923 de 2004 a situaciones que han ocurrido con anterioridad al 7 de agosto de 2002 con fundamento en el principio de favorabilidad; (ii) que el porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral requerido para que un miembro de la Fuerza Pública se haga acreedor de la pensión de invalidez es del 50%, en la medida que, la Ley 923 de 2004 derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias y, por último, (iii) que la Ley 923 de 2004 no realizó distinción alguna en la imputación de las lesiones que produjeron la disminución de capacidad laboral, es decir que, no es relevante si se trata o no de lesiones relacionadas estrictamente con el servicio o no” (sentencia T-165/16). En este análisis se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.5. de la ley 923 de 2004, pues parece ser la más favorable y general para evaluar la situación del accionante. Sin embargo, no se desconoce la existencia del Decreto 4433 de 2004, que en su artículo 30 alude al requisito de pérdida de la capacidad laboral del 75% para el acceso a la pensión de invalidez, o el escenario de reconocimiento especial, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea mayor al 50%, pero menor de 75%.

48 Corte Constitucional, sentencia C-890 de 1999.

49 Corte Constitucional, sentencia T-539 de 2015.

51 La jurisprudencia constitucional ha establecido un requisito de procedibilidad adicional para el reconocimiento y pago de pensiones mediante tutela. El juez constitucional debe poder tener certeza, con base en el material probatorio, sobre la eventual titularidad del derecho. En otras palabras, de que el accionante en principio cumple con los requisitos para tener derecho a la pensión que reclama sin necesidad de incurrir en un alargado despliegue probatorio donde el juez deba entrar a suplir falencias de la demanda. Al respecto, ver sentencias T-805 de 2014, T-115 de 2018, T-255 de 2018, T-159 de 2019 y T-299 de 2020.

52 Sobre los dictámenes de la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia, el demandante manifestó que el Tribunal Médico Laboral Militar y de Policía no lo tuvo en cuenta para producir su dictamen. Sobre esta alegación, se verificó que nunca fue allegado por el accionante durante el procedimiento de calificación. El señor Palacio Moreno solamente aportó al trámite la calificación de un médico independiente especialista en salud ocupacional. En esta materia la Sala reitera que "constituye un derecho para el paciente que en el proceso de calificación se tengan en cuenta todas las historias clínicas e informes de los médicos y especialistas que lo hubiesen diagnosticado, tratado y pronosticado; que las mismas se encuentren actualizadas para el momento de la calificación y constituyan una valoración íntegra y objetiva de su patología" (Corte Constitucional, sentencias T-539 de 2015 y T-530 de 2014), por lo que bien podría el demandante allegar los dictámenes del sistema general a los organismos del sistema de la Policía Nacional. Ahora bien, también se advierte que "el contraste entre los sistemas de cálculo, liquidación y monto de las prestaciones de ambos sistemas, permite concluir que la actividad de las personas vinculadas con la Fuerza Pública demanda mayores exigencias, que se materializan en una inmejorable capacidad física y psíquica de sus miembros, razón por la que no es posible asimilar dictámenes originados en regímenes diferentes a éste, 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 quiere decir que ante la existencia de dictámenes anteriores emitidos por otras autoridades, los organismos de calificación del Subsistema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no puedan emplear como antecedente probatorio del estado de salud de la persona a calificar los contenidos diagnósticos que reposan en tales dictámenes, pues éstos pueden constituir otros insumos médicos al momento de establecer la situación global de invalidez de la persona." (sentencia T-539/15, se subraya). Por ello, no es posible suponer que la existencia de un dictamen o concepto médico generado por fuera del sistema de calificación de la Policía Nacional implique automáticamente una determinación de invalidez, o que el sistema correspondiente a los miembros de la fuerza pública quede obligado a igualar los porcentajes, pues los criterios de evaluación de la pérdida de la capacidad laboral no son idénticos.