Sentencia T-243/22

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

(…) no está probado que el actor (i) padezca de alguna enfermedad o condición de salud, (ii) tenga personas a su cargo; y (iii) no se conoce la situación económica en la que se encuentra, como para concluir que, pese a gozar de una asignación de retiro, está en riesgo su subsistencia.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional cuando se configura perjuicio irremediable

Expediente: T-8.002.876

Acción de tutela instaurada por William Hernando Viasus Pérez en contra del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional.

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, y los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside,1 en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos proferidos el 24 de junio de 2020 por el Juzgado 36 Administrativo del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y el 18 de agosto de 2020 por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por William Hernando Viasus Pérez, actuando en nombre propio, en contra del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. La Sala pone de presente que la elaboración de esta sentencia toma parte de los antecedentes y de los fundamentos jurídicos del proyecto presentado inicialmente por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, pero que no alcanzó la mayoría requerida para su aprobación.2 Ello, debido a la notable calidad expositiva y al rigor con el que se abordó la temática constitucional planteada.3

I. ANTECEDENTES

1. El señor William Hernando Viasus Pérez, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana, al buen nombre, a la igualdad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión u oficio. Lo anterior, por cuanto fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar a servicios sin cumplir las decisiones judiciales previas proferidas en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y de dos procesos judiciales de tutela, que ordenaron el “reintegro sin solución de continuidad” y, además, al ascenso del accionante “en igualdad de condiciones de [sus] compañeros de promoción, existiendo las vacantes suficientes para ello”.4

A. Hechos probados5

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de retiro discrecional del servicio del 23 de marzo de 2007.6

1. El 16 de mayo del 2000, el señor William Hernando Viasus Pérez fue vinculado como subteniente a la Policía Nacional por haber adelantado estudios dentro del curso No. 075 en la Escuela de Cadetes de la Policía “General Francisco de Paula Santander”.

1. El accionante indicó que el Gobierno Nacional, por medio del Decreto No. 931 del 23 de marzo de 2007, lo retiró de la Policía Nacional en ejercicio de su facultad discrecional amparándose en el artículo 4 de la Ley 857 de 2003.7 Para ese momento ostentaba el grado de Teniente.

1. Debido a esta decisión, el actor promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por considerar que el acto administrativo de retiro incurrió, entre otros vicios, en falsa motivación y desviación de poder. En consecuencia, solicitó declarar la nulidad del Decreto No. 931 de 2007 y, a título de restablecimiento, (i) ordenar el reintegro a un cargo de superior categoría o al grado que en el momento ostentaran sus compañeros de promoción; (ii) condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento del retiro hasta que el reintegro se hiciera efectivo; (iii) declarar que para todos los efectos que no hubo solución de continuidad; y (iv) condenar a la demandada al pago de los perjuicios morales causados.8 En particular, el accionante indicó en los alegatos de conclusión que su desvinculación “obedece a un castigo por su orientación o condición sexual y no por deficiencias o mala prestación del servicio, toda vez que sus calificaciones obtuvieron las máximas establecidas en el Decreto 1800 de 2000”9

1. El Juzgado Segundo Administrativo de Florencia, en Sentencia de primera instancia del 12 de julio de 2011, declaró la nulidad parcial del acto demandado10 y a título de restablecimiento del derecho ordenó lo siguiente: (i) el reintegro “con la antigüedad equivalente” al momento de cumplirse la decisión;11 (ii) el pago de los salarios, prestaciones, bonificaciones y emolumentos dejados de percibir “para lo cual debe ser convocado para realizar los cursos de ascenso”; y declaró (iii) que no había existido solución

de continuidad en la prestación del servicio.12 El juez consideró que el acto de retiro (a) fue falsamente motivado por violación del principio de legalidad y del debido proceso, dado que el análisis de la hoja de vida del actor evidenciaba la eficiencia en la prestación del servicio; y (b) se profirió con abuso y desviación de poder, en tanto que según el testimonio de quien hubiera fungido como su superior,13 la razón de su desvinculación estuvo asociada a su orientación sexual.14

1. La Policía Nacional presentó recurso de apelación contra de la decisión proferida en primera instancia. En particular, se refirió a la especialidad del régimen de carrera de la Institución con el fin de señalar la configuración normativa del retiro discrecional del servicio y, además, señaló la satisfacción de los requisitos en la decisión de separar al señor Viasus Pérez de la entidad. De igual forma, la entidad precisó que la conclusión a la que llegó el ad-quo –retiro del servicio por su condición sexual– carecía de fundamento probatorio. Ello, toda vez que consideró que el único testigo del hecho era el coronel retirado, quien protagonizó uno de los actos de violencia de mayor relevancia en el país y, por lo mismo, su testimonio carecía de credibilidad y certeza.15

1. El Tribunal Administrativo de Caquetá, en Sentencia del 23 de enero de 2014, confirmó parcialmente la decisión, toda vez que modificó el numeral 4º de la parte resolutiva. Para el Tribunal, el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro de uniformados de la Policía Nacional no comporta una competencia arbitraria, sino que debe estar inspirada en el buen servicio y en razones proporcionadas, exigiendo la motivación expresa de la decisión en virtud de los principios constitucionales de legalidad y publicidad. Así, el ad-quem advirtió que la ausencia de motivación supone como consecuencia la ilegalidad del acto de retiro. En ese sentido, el Tribunal sostuvo que el acto de retiro no se motivó y no se observó una justificación para la adopción de dicha decisión. Por lo cual, el testimonio mencionado permite afirmar la existencia de indicios serios para concluir que la razón oculta de la decisión demandada fue la condición sexual del Teniente.

1. Por último, en lo que se refiere a un ascenso automático, la sentencia señaló que “no es procedente, toda vez que los ascensos son potestativos de la entidad demandada Policía Nacional, quien deberá determinar, basada en la antigüedad y demás requisitos exigidos para el ascenso.” En consecuencia, se modificó el numeral cuarto de la decisión de primera instancia, y confirmó el resto de las órdenes proferidas en primera instancia.16

El reintegro del señor William Hernando Viasus Pérez a la Policía Nacional: primera acción de tutela por la negativa de la Institución de tener en cuenta la antigüedad como consecuencia del reintegro sin solución de continuidad

1. En virtud de las decisiones judiciales referidas, el accionante radicó solicitud de cumplimiento ante la entidad. En consecuencia, la Policía Nacional, mediante el Decreto 2781 del 30 de diciembre de 2014, dispuso su reintegro al servicio activo en el grado de Teniente. Posterior a ello, fue ascendido a Capitán el 1 de junio de 2015, previo cumplimiento del curso de ascenso.

1. En todo caso, el accionante señaló que en lo relativo a la orden de reintegro “sin solución de continuidad”, la solicitud no fue atendida por la Institución. Por lo cual, teniendo en cuenta que desde su primer retiro y el reintegro transcurrieron 7 años, ello supuso la configuración de una situación de desigualdad, toda vez que sus compañeros del curso No.075 ascendieron al grado de Teniente Coronel en junio de 2019, mientras que él permaneció en grados inferiores.

No. petición

y respuesta

Fecha de

petición

Fecha de

respuesta

Dirigida a /

Suscrita por

Objeto de la petición / Contenido de respuesta

Primera

3/06/15

Director de

Talento

Humano

Estudiar la posibilidad de llamarlo a curso de ascenso al grado de Mayor, en atención a su condición de reintegro al servicio.

25/06/15

Jefe Área de

Desarrollo

Humano

Negó. Dado que ascendió a Capitán el 01/06/2015, no cuenta con cinco (5) años de antigüedad para pretender ascenso a Mayor.

Segunda

20/11/15

Director

General

de la Policía

Dar aplicación al fallo de reintegro y, por tanto, corregir la fecha fiscal en la cual fue ascendido a Capitán. Para el efecto dio cuenta de la situación de sus compañeros de curso, el No. 075,18 así como de la razón por la cual no está en su misma situación. Especialmente, refiere su proceso de desvinculación y, luego, de reintegro por orden judicial, indicando que en éste se precisó que debía operar sin solución de continuidad. Destacó que se está congelando su crecimiento personal y que, por esta situación, ha pasado de superior a subalterno, “me encuentro cumplimiento órdenes de oficiales que incluso para la fecha de mi retiro forzado de la institución (2007), fungían como alférez.”

Jefe Área de

Desarrollo

Humano

Niega. Informa que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional estudió el caso y consideró que no había lugar a la pretensión invocada. Da cuenta de que existen causales legales expresas para acceder a ascensos retroactivos, que no son aplicables en este caso,19 y que, además de ellas, se hace por orden judicial; pero que, en este caso, no se estima que el fallo que le fue favorable lo haya ordenado.

Tercera

13/10/17

Director

General de la

Policía

Dar cumplimiento a la sentencia judicial que dispuso su reintegro y, en consecuencia, ser llamado al próximo curso de ascenso para Mayor en aplicación del principio de igualdad -a

partir de la situación de sus compañeros de curso-. Para el efecto detalló de manera amplia lo pretendido en su demanda contenciosa y lo ordenado por los jueces que la conocieron, así como el concepto de “sin solución de continuidad”.

4/01/18

Jefe Área de Desarrollo

Humano

Niega. Reitera los casos en los que procede el ascenso con efectos retroactivos e insiste en que el peticionario no acredita antigüedad para ser llamado a curso de ascenso a Mayor.

Cuarta

10/10/18

Director

General de

la Policía

Ordenar su ascenso inmediato al grado de Mayor, igualándolo para todos los efectos a sus compañeros de curso No. 075, “los cuales ascendieron al grado de MAYOR por medio del Decreto No. 1129 DEL 31 DE MAYO DE 2013, reconociendo así mismo los ascensos que se hayan consolidado posteriormente y a los cuales tenga derecho.”

1/11/18

Jefe Área de Desarrollo

Humano

Niega. Aduce que no acredita el requisito de antigüedad para el efecto pues como Capitán solo ha permanecido 3 años y 5 meses, cuando se requieren 5 años.

1. Ante la negativa de la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa para validar su antigüedad, el 17 de enero de 2019 el señor William Hernando Viasus Pérez presentó acción de tutela contra la Policía Nacional por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.20

1. El Juzgado 2º Administrativo de Florencia, en primera instancia, declaró improcedente el amparo mediante sentencia del 29 de enero de 2019. Consideró que el demandante contaba con otros mecanismos de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales, puesto que se trataba de decisiones administrativas susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, máxime cuando en dicha jurisdicción se podía solicitar el decreto de medidas cautelares. Por último, el juez de instancia señaló que no encontró acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable que justificara la intervención del juez constitucional.21 En esos términos, el accionante impugnó la decisión al estimar que pese a la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, exigírsele acudir a la vía contenciosa resultaba injusto y desproporcionado, toda vez que su pretensión fue reconocida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho decidido por el Tribunal Administrativo de Caquetá.

1. El Tribunal Administrativo del Caquetá, en Sentencia del 22 de febrero de 2019, revocó el fallo de primera instancia y amparó los derechos del actor. Expuso, entre otros motivos, que una vez analizadas las órdenes de los jueces de lo contencioso administrativo, verificó que la Policía Nacional no tuvo en cuenta el tiempo que el accionante estuvo por fuera del servicio para considerar su posición en la jerarquía institucional. De manera que, ordenó a la Institución que además de contabilizar como válido el tiempo que el accionante estuvo desvinculado de la entidad –más de 7 años–, debía adelantar las gestiones a que hubiese lugar para darse por acreditado el cumplimiento de los demás requisitos que establece el régimen de la Policía Nacional.

1. Como consecuencia de lo anterior, el Decreto No. 948 del 21 de mayo de 2019, por el cual se ascendió a unos oficiales de la Policía Nacional, reconoció la antigüedad del accionante en el grado de Capitán desde el 1 de junio de 2008 y fue ascendido al grado de Mayor con fecha

fiscal del 1 de junio de 2013.22

1. La Policía Nacional procedió a adelantar la etapa de “Evaluación de trayectoria profesional” para el llamado a concurso previo al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel. Se realizaron las siguientes actuaciones en el marco del curso No. 077.23

Evaluación de trayectoria profesional para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso “Academia Superior de la Policía”

Acta No. 005-ADEHU-GRUAS-2.25. Junta de Evaluación y clasificación. No recomendó

Acta No. 002-ADEHU-GRUAS-2.25. Junta de Generales de la Policía Nacional. No seleccionó

Acta No. 005-ADEHU-GRUAS-2.25. Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional. No recomendó

12 de julio de 2019

17/07/19

19 de julio de 2019

1. El 19 de julio de 2019, la Policía Nacional le informó lo resuelto al accionante. Por esta razón, el 15 de agosto de 2019, el accionante presentó recurso de reposición y/o reconsideración ante el Ministerio de Defensa, en el cual solicitó la modificación de las conclusiones de la Junta, en virtud de lo ordenado en el fallo de tutela del 22 de febrero de 2019 proferido por el Tribunal Administrativo de Caquetá.

1. El 22 de agosto de 2019, el accionante solicitó la apertura de un incidente de desacato en contra de la Policía Nacional con el objeto de que se diera estricto cumplimiento a la orden de adelantar “las gestiones a que haya lugar para que logre acreditar el cumplimiento de los demás requisitos que establece el régimen policial.”24 Lo anterior, al considerar que una vez revisada la copia del Acta del 19 de julio de 2019, la entidad no tuvo en cuenta las decisiones judiciales que ordenaron su evaluación en un contexto de reintegro con el ánimo de nivelarlo a sus compañeros de curso.

1. El Juzgado Segundo Administrativo de Florencia, una vez requeridos el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional para que acreditaran el cumplimiento del fallo de la referencia, en decisión del 28 de agosto de 2019 se abstuvo de abrir el trámite incidental. Por lo cual, el accionante presentó solicitud de nulidad y, en subsidio, recurso de reposición, al considerar que no le pusieron en conocimiento las respuestas suministradas por las accionadas.25

1. El 2 de septiembre de 2019, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, en Acta No. 006-ADEHU-GRUAS-2.25//APROP-grure-3.22, resolvió la reconsideración presentada por el actor. En dicha Acta se indicó que tal como lo ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el llamamiento a cursos de capacitación conlleva implícitamente el ejercicio de una facultad discrecional, dependiendo de la existencia de vacantes y de las necesidades o conveniencias institucionales. Razón por la cual, confirmó la decisión adoptada en el Acta No. 055 del 19 de julio de 2019, en el sentido de no recomendar el ascenso del accionante.

1. Finalmente, el Juzgado Segundo Administrativo de Florencia, en Auto del 3 de septiembre de 2019, negó la solicitud de nulidad presentada por el accionante y dispuso no reponer el auto recurrido. El Juzgado precisó que, por ser el incidente de desacato un procedimiento sumario y expedito, éste no exigía poner en conocimiento las pruebas sobre las cuales se fundamentaría la decisión a adoptar dentro de dicho trámite.26

La presentación de la segunda acción de tutela para que se abriera trámite de desacato por el presunto incumplimiento de la orden dada en la primera tutela. Trámite de desacato.

1. Con base en lo anterior, el señor William Hernando Viasus Pérez presentó acción de tutela en contra de las decisiones del Juzgado Segundo Administrativo de Florencia proferidas el 28 de agosto y del 3 de septiembre de 2019. Ello, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, al trabajo, entre otros.27 En esos términos, en sentencia del 19 de noviembre de 2019, el Tribunal Administrativo del Caquetá consideró que la providencia del 28 de agosto –que confirmó la decisión del 3 de septiembre de 2019– incurrió en un defecto fáctico, al dar acreditado el cumplimiento del fallo de tutela sin existir prueba que permitiese establecer tal situación. En consecuencia, ordenó al juzgado accionado dar apertura y tramitar el incidente de desacato a efectos de verificar el cumplimiento de lo ordenado en la decisión del 22 de febrero de 2019.

1. En cumplimiento de lo anterior, el Juzgado Segundo Administrativo de Florencia requirió, mediante Auto del 25 de noviembre de 2019,28 a la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional para que en el término de un (1) día informara las razones de hecho y de derecho que llevaron a decidir no recomendar al Mayor William Hernando Viasus Pérez “por evaluación negativa en su trayectoria profesional para realizar el curso de ascenso”, indicando si la razón se cifraba en el tiempo durante el cual estuvo separado del servicio por su desvinculación inicial.

1. En cumplimiento a dicho requerimiento, la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional se reunió el 26 de noviembre de 2019 y suscribió el Acta No. 8-ADEHU-GRUAS-2.2.5. En el Acta se presentaron las razones por las cuales no se recomendó ante la Junta de Generales al mayor Viasus Pérez para realizar el curso de capacitación para el ascenso al grado de Teniente Coronel. Se expresó que el concepto no se emite de forma desmedida o caprichosa, y, por el contrario, obedece a una facultad discrecional. Finalmente, se precisó que el hecho de haber estado fuera del servicio activo en el lapso comprendido entre los años 2007 a 2014, no incidió en el concepto emitido por la Junta.29

1. El Juzgado Segundo Administrativo de Florencia, en Auto del 29 de noviembre de 2019, abrió incidente de desacato en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional. De acuerdo con el accionante, pese a que la Institución no adjuntó información adicional, el Juzgado decidió, en Auto del 3 de diciembre de 2019, incorporar algunas pruebas y rechazar otras. Frente a ello, presentó recurso de reposición. El 13 de diciembre de 2020, el Juzgado Segundo Administrativo de Florencia encontró acreditado el cumplimiento de fallo de tutela por parte de la Policía Nacional. El 15 de diciembre de 2019, presentó recurso de reposición contra dicha providencia.

1. Sin referir el trámite dado a su último recurso, el demandante afirma que, aunque la Policía Nacional indicó –y el Juzgado Segundo Administrativo de Florencia así lo admitió– que se había valorado su trayectoria laboral, lo cierto es que llevaba menos de 6 meses ejerciendo efectivamente el grado de Mayor. Así, no había que evaluarle mientras que sí existían las vacantes necesarias para dar cumplimiento a los fallos judiciales que le favorecían. Bajo estas condiciones, indica que aquí era cuando la carga de la prueba se invertía y era la Institución la que debía dar cuenta de que no fue su reintegro y su orientación sexual los que incidieron en la decisión de no llamarlo al concurso previo al curso de capacitación para ascenso.

El llamamiento a calificar servicios del 7 de enero de 2020

1. El 14 de noviembre de 2019, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional recomendó el retiro de actor por llamamiento a calificar servicios.30 Esta recomendación se hizo efectiva en la Resolución Ministerial No. 0019 del 7 de enero de 2020,31 notificada el 12 de enero de 2020.

1. Contra esta actuación, antes de acudir a la acción de tutela, el actor inició trámite de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 6 de mayo de 2020, como requisito de procedibilidad para, de no obtener la revocatoria del acto de retiro en esta

etapa, iniciar la vía judicial.

A. La acción de tutela

1. Con base en los hechos descritos, el señor William Hernando Viasus Pérez presentó acción de tutela el 9 de junio de 2020. Además de lo referido, el accionante señaló que el ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley al Gobierno Nacional ha sido ejercida en dos oportunidades de forma abusiva. Agregó que las providencias proferidas dan cuenta de la victimización de la que ha sido objeto con ocasión al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado en el 2007 y, además, las acciones de tutela que han sido proferidas con posterioridad.

1. El actor señaló que sus compañeros ascendieron al grado de Teniente Coronel mediante el Decreto 948 del 31 de mayo de 2019. Así mismo, señaló que la Institución se negó sistemáticamente a restablecer y reparar el daño que sufrió desde el primer retiro. Por ejemplo, a la oficial Sandra Yaneth Mora Morales, reintegrada por razones asociadas a su orientación sexual, sí se le ha permitido continuar con su carrera. Denunció que, respecto de su vinculación a partir del 30 de diciembre de 2014, ha sido discriminado por su orientación sexual y, además, con ocasión de un fallo judicial que evidenció las irregularidades en su contra, obtuvo el reintegro.

1. Por lo anterior, el accionante solicitó (i) suspender definitivamente –o de forma transitoria– los efectos jurídicos de la Resolución No. 0019 del 7 de enero de 2020 y del oficio por el cual se le notificó el acto; y, en consecuencia, ordenar su reintegro al servicio activo. Una vez realizado lo anterior, (ii) se convoque “de manera inmediata al próximo curso de ascenso “ACADEMIA SUPERIOR” para ascenso al grado de teniente Coronel y cumpliendo los demás requisitos del artículo 21 del decreto 1791 de 2000, ser ascendido a dicho grado”. Lo anterior, en atención a la obligación de la Policía Nacional de dar cabal cumplimiento a las

providencias emitidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la Jurisdicción Constitucional, respectivamente.

Además, solicitó (iii) advertir a las accionadas el deber de cumplir las decisiones judiciales de buena fe, “sin lugar a interpretaciones discriminatorias en contra de los funcionarios reintegrados y miembros de la comunidad LGBTI”; (iv) se le ofrezcan disculpas públicas debido a trato discriminatorio del que ha sido objeto; y (v) se remitan copias de esta actuación a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigue por qué no se le informó a los jueces constitucionales la determinación que tomó la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía en el Acta No. 010-ADEHU-GRUAS-2-25/APROP-grupe-3.22 del 14 de noviembre de 2019.32

1. Para el ciudadano Viasus Pérez la acción es procedente porque (a) se trata de obtener la satisfacción de obligaciones de hacer, impuestas de forma previa por una autoridad judicial, como ocurre en este caso con las decisiones judiciales referidas; y, además, es desproporcionado esperar a la decisión de un nuevo proceso judicial ordinario si lo pretendido es nivelarse con sus compañeros del curso No. 075; y (b) se interpuso en un término razonable, contado desde el momento en el que se enteró de la decisión de desvinculación. Asimismo, afirmó que es claro que su reintegro sin solución de continuidad implica reconocer su antigüedad y darle el mismo trato que a sus compañeros. En ese sentido, indicó que en ninguna de las decisiones judiciales previas en las que se han amparado sus derechos se sugiere que para cumplir la orden de reintegro deba ser evaluado nuevamente su llamado a curso.

1. Por último, como fundamento de sus pretensiones, llamó la atención sobre el hecho de que antes de que todo el trámite de verificación de desacato promovido dentro de la acción de tutela inicial finalizara, ya estaba adoptada la decisión de la Institución de retirarlo por llamamiento a calificar servicios.33

A. Trámite procesal

1. El Juzgado 36 Administrativo de Bogotá-Sección Tercera, por Auto del 9 de junio de 2020,34 admitió la demanda y ordenó notificar al Ministro de Defensa Nacional, al Comandante General de las Fuerzas Militares, al Director de la Policía Nacional y al Jefe del Área de Desarrollo Humano de dicha entidad. Durante el trámite de primera instancia, ninguna de las entidades accionadas se pronunció sobre la acción presentada en su contra.

A. Las decisiones que se revisan

i. Sentencia de primera instancia35

1. El 24 de junio de 2020, el Juzgado 36 Administrativo del Circuito de Bogotá declaró improcedente la acción presentada. Señaló que el acto presuntamente lesivo de los derechos fundamentales lo constituía el Oficio del 4 de septiembre de 2019, en el que se le informó al actor que, mediante Acta No. 006 del 2 de septiembre de 2019, la Junta decidió no reconsiderar la decisión de no llamarlo al concurso previo al curso de capacitación para ascenso a Teniente Coronel. Teniendo en cuenta lo anterior resaltó que, cuando la acción de tutela tiene por objeto discutir la legalidad de un acto administrativo, debe evidenciarse (i) que no existe otro medio de defensa más idóneo y eficaz y (ii) que se pretende evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En este caso, el Juzgado afirmó que el accionante contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para proteger los derechos fundamentales que invoca como vulnerados, en cuyo escenario puede pedir el decreto de medidas cautelares. De igual forma, estimó que no se presentaba un perjuicio irremediable, por cuanto el accionante tenía derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro para garantizar sus condiciones mínimas de subsistencia, sin que tal situación configurara una amenaza inminente, grave y urgente que conllevara a la adopción

de medidas de protección que hicieran procedente la acción constitucional.

i. Impugnación36

1. El actor impugnó la decisión de primera instancia. Reiteró sus pretensiones y, (i) manifestó que no entendía por qué no se aplicó la presunción de veracidad establecida en los artículos 19 y 20 del Decreto 2591 de 1991 ni el principio de buena fe ante el silencio de las demandadas y, por el contrario, se dio credibilidad a una Institución que, en su concepto, incumplió las decisiones judiciales y lesionó los derechos fundamentales de sus trabajadores "en especial a quienes somos sujetos de especial derecho como miembros de la comunidad LGBTI". Además, agregó que (ii) no desconoce la existencia del medio de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la defensa de sus derechos, pero lo cierto es que desde el año 2007 viene promoviendo acciones judiciales con el mismo fin, dentro de las cuales cuenta con cuatro sentencias favorables que han sido desconocidas por la entidad accionada. Por lo cual, considera que no se le puede conminar a un quinto proceso judicial que puede tardar 7 años más para ser resuelto de fondo. Finalmente, indicó que (iii) no puede afirmarse que por haber sido retirado con derecho a asignación de retiro no existe un perjuicio irremediable, toda vez que para cuando se falle la acción ordinaria, sus compañeros de curso serán coroneles o generales. Por último, señaló que la asignación que le fue reconocida es inferior a salario que devengaba, lo cual afectó su mínimo vital y móvil.

i. Sentencia de segunda instancia37

1. El 18 de agosto de 2020, la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la decisión impugnada. Señaló, con base en la Sentencia SU-217 de 2016, que no existe un deber de motivar los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios, pues lo que verifica la autoridad con competencia para el efecto es el simple cumplimiento de "los requisitos señalados en los artículos 100 y

103 del Decreto 1790 de 2000”. El Tribunal sostuvo que no se configura un perjuicio irremediable porque, aunque es cierto que con el retiro el ingreso mensual se disminuye y, con ello, se afecta el ingreso familiar, luego de 23 años al servicio de la Institución era claro que el actor contaba con la posibilidad de ser llamado a calificar servicios dada la estructura piramidal de la Policía Nacional. Además, señaló que la orden de reintegro emitida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició el año 2007, tras evidenciarse la existencia de vicios de nulidad en la actuación de la Policía Nacional, no impide la finalización de su vínculo ahora en cumplimiento de los requisitos legales para el efecto. En consecuencia, el Tribunal concluyó que la acción impetrada no satisfizo el requisito de subsidiariedad y, por lo mismo, dejó en firme el fallo de primera instancia.

D. Actuaciones en sede de revisión38

1. El asunto de la referencia fue remitido a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86, inciso segundo, de la Constitución Política, y en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante Auto del 15 de diciembre de 2020, la Sala de Selección de Tutelas Número Siete seleccionó el asunto39 y, previo sorteo,40 lo asignó al despacho de la Magistrada Diana Fajardo Rivera para la elaboración de la respectiva ponencia. La magistrada ponente presentó proyecto de fallo el 6 de diciembre de 2021 ante la Sala Primera de Revisión. Sin embargo, comoquiera que el proyecto no alcanzó la mayoría requerida para su aprobación, se aplicó lo previsto en el artículo 34 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015).41 En esa medida, el expediente le fue rotado al Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar para la elaboración de un nuevo proyecto de fallo acorde con la postura mayoritaria de la Sala Primera de Revisión.42

i. Autos de pruebas del 24 de febrero de 2020, 14 de abril de 2020 y del 10 de junio de 2021

1. Mediante los Autos del 24 de febrero, del 14 de abril de 2020 y del 10 de junio de 2021, se

decretó la práctica de algunas pruebas necesarias para conocer aspectos del caso que no constaban en el expediente. En este sentido, se solicitó al accionante información dirigida a establecer si (i) había instaurado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho u otro tipo de proceso judicial en contra de la decisión del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional de retirarlo del servicio activo por llamamiento a calificar servicios; (ii) si durante su servicio activo en la Policía Nacional percibió otras actuaciones u omisiones que considerara discriminatorias distintas a las expuestas en el escrito de tutela; e informara (iii) qué solicitudes realizó y qué respuestas obtuvo en relación con el reconocimiento de ascensos luego de ser reintegrado al servicio activo. A su turno, requirió a la Policía Nacional para que allegara (iv) la carpeta de servicios y la hoja de vida del señor William Hernando Viasus Pérez; (v) indicara las acciones que toma la Policía Nacional para garantizar los derechos fundamentales de los miembros de su personal con orientaciones sexuales o identidades de género diversas; y (vi) certificara cuáles nombramientos y/o ascensos se efectuaron dentro de la estructura piramidal de la institución que afectaran los grados en que fue retirado el accionante y el inmediatamente superior, y que justificaran su retiro; entre otros asuntos.43

1. En cumplimiento de lo dispuesto en los mencionados autos se allegaron las siguientes respuestas:

1. La Policía Nacional,44 (i) mediante escrito del 2 de marzo de 2021,45 remitió copia digital de la hoja de vida del accionante y afirmó dar respuesta al cuestionamiento relacionado con las razones que justificaron su retiro del servicio.46 En este último sentido, sostuvo que el llamamiento a calificar servicios del señor William Hernando Viasus Pérez se efectuó mediante Resolución Ministerial No. 0019 del 7 de enero de 2020, de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Ley 857 de 2003 y el Decreto 1338 de 2015, previa emisión de Acta No. 010-ADEHU-GRUAS-2.25 APROP-GRURE-3.22 del 14 de noviembre de 2019 y de la verificación de que para ese momento contaba con el tiempo necesario para adquirir una asignación de retiro.47 Asimismo, la Institución reiteró que, con fundamento en las Sentencias SU 091 de 2016 y SU 217 de 2016, el llamamiento a calificar servicios no requiere

motivación expresa y es entendido como el ejercicio de una facultad para la renovación del personal motivada en razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, que no está sujeta exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario, y sin connotación sancionatoria alguna.48

1. Además, (ii) el 3 de marzo de 2020,49 la Jefe del Área de Desarrollo Humano de la Policía Nacional dio cuenta de las seis (6) condiciones para el ascenso en la carrera de dicha Institución (Art. 20, Decreto ley 1791 de 2000); los requisitos particulares para el ascenso de los oficiales de la Policía Nacional (Art. 21, Decreto ley 1791 de 2000), incluyendo el tiempo mínimo en cada grado, el llamado a curso –con las condiciones particulares para el ascenso a Teniente Coronel–, la aprobación de los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial, la aptitud psicofísica (Decreto ley 1796 de 2000), la calificación exigida para el ascenso (Art. 47, Decreto ley 1800 de 2000), y el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional en el caso de los Oficiales.

1. En cuanto al llamado al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel "Academia Superior de Policía", el Jefe del Área de Desarrollo Humano afirmó que los requisitos son dos 1) superar la "Evaluación de la Trayectoria Profesional" (Art. 22 del Decreto ley 1791 de 2000) y 2) presentar y superar el concurso previo al curso de capacitación para el ascenso a Teniente Coronel. En síntesis, la estructura de este requisito –uno de los mencionados previamente– es la siguiente:

EVALUACIÓN DE TRAYECTORIA PROFESIONAL

CONCURSO

CURSO

Junta de evaluación y clasificación

Junta de Generales de la Policía Nacional

Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional

Concurso previo al curso de ascenso a Teniente Coronel

Curso de ascenso a Teniente Coronel

1. A partir de lo anterior, reseñó que, para los ascensos de junio de 2019,50 la Dirección de Talento Humano inició el procedimiento para efectuar la “Evaluación de Trayectoria Profesional” del aquí accionante,51 con quienes hacen parte del curso No. 077 de oficiales, para determinar su llamado a concurso previo al curso de ascenso a Teniente Coronel. Como consecuencia de tal estudio,52 las tres juntas que intervienen en esta evaluación concluyeron que no debía ser recomendado para el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a Teniente Coronel, decisión que se le notificó al accionante el 19 de julio de 2019. Sobre este aspecto, además, indicó que se tuvo en cuenta el tiempo existente desde su ingreso a la Policía Nacional, sin solución de continuidad, y que “[e]l señor Mayor fue sometido al procedimiento de la Evaluación de la Trayectoria profesional, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, y en dicho procedimiento no se realizó ningún tipo de discriminación por cuestiones de raza, religión, sexo y costumbres.”

1. Finalmente, (iii) mediante memorial del 5 de marzo de 2021,53 la institución rindió informe sobre las acciones que toma la Policía Nacional para garantizar los derechos fundamentales de los miembros de su personal con orientaciones sexuales o identidades de género diversas. Aseguró que, a través del Área de Derechos Humanos de la Inspección General, se ha contribuido en la implementación y cumplimento de “La Política Pública Sectorial de Transversalización del Enfoque de Género para el personal uniformado de la Fuerza Pública”, y que “por ello se ha incorporado el enfoque diferencial en las categorías de orientaciones sexuales e identidades de género, lo que garantiza el fortalecimiento en la protección de los derechos humanos y el respeto a la diversidad sexual.” Agregó que, con el objeto de realizar un trabajo mancomunado con autoridades regionales, departamentales, locales e instituciones gubernamentales, se han dictado directivas, instructivos y estrategias dirigidas a garantizar los derechos de las personas con diversidad sexual y de género.54 Además, precisó que se efectúan capacitaciones en DDHH y DIH, y que la Inspección General está liderando la construcción de una Política de Género con diferentes gobiernos.

1. El señor William Hernando Viasus55 informó que el proceso radicado bajo el No.11001-33-35-029-2020-00199-00 corresponde al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0019 del 7 de enero de 2020, por medio de la cual el Ministro de Defensa Nacional lo retiró del servicio activo por llamamiento a calificar servicios. El actor precisó que éste se tramita actualmente en el Juzgado 29 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.56 En respuesta a la pregunta de si percibió actuaciones u omisiones que considerara discriminatorias, informó que después de ser reintegrado en el año 2014 fue "juzgado, observado, relegado en muchas ocasiones y discriminado". Así mismo, manifestó que (i) encontrándose recién reintegrado inició el curso de ascenso para capitán siendo contactado57 por medios de comunicación con el objeto de exponer su "triunfo en derecho", a lo cual accedió rindiendo algunas declaraciones. Razón por la cual, en Auto 0061 del 21 de febrero de 2015, la Inspección Delegada Especial de la Dirección General de la Policía le abrió indagación preliminar para establecer su responsabilidad por haber desconocido la prohibición de proporcionar noticias sobre asuntos de la administración sin estar facultado para ello. Indicó que, mediante Auto 00370 del 23 de junio de 2015, fue absuelto porque la normativa que contenía dicha prohibición fue expedida mientras permanecía fuera del servicio.

1. En igual sentido, indicó que (ii) en el año 2018 estuvo 70 días sin ubicación laboral,58 situación que el accionante calificó como una "táctica malsana para crear pánico, ansiedad e incertidumbre" sobre su futuro institucional; señaló que (iii) para el año 2019, como lo advirtió el 20 de noviembre de ese año en el marco del incidente de desacato tramitado dentro de la acción de tutela 18001-23-000-2019-00190-00,59 venía desempeñándose como Subcomandante de Estación de Policía por tres meses, pero estando en período de vacaciones lo trasladaron hacia un grupo de fuerza disponible y, en su lugar, "colocaron a un mayor de menor antigüedad". Agregó que en dicha oportunidad advirtió ante el juez de desacato que "estaba expuesto a sufrir nuevamente el retiro de la institución antes de que las instancias judiciales resolvieran mi situación institucional".

1. En esos términos, precisó que (iv) en marzo de 2019 debió presentar un informe aclaratorio ante el Inspector Delegado Especial MEBOG, “con el ánimo de controvertir un informe amañado y que nuevamente pretendía se me investigara por un presunto abuso de poder y autoridad sobre el personal cuando trabajaba como Jefe de turno del Centro Automático de Despacho CAD MEBOG, haciendo conjeturas con mi orientación sexual”; y (v) el 24 de marzo de 2019 la Inspección profirió el auto inhibitorio No. I-RESBO-2019-02 porque el informe presentado en su contra era “completamente vago, impreciso y confuso, y los elementos en el contenido, demuestran en el uniformado en el ejercicio de sus deberes.”60

1. El actor agregó que (vi) la situación descrita tuvo un impacto en su relación de pareja de 10 años, determinando la separación con su compañero debido a que “ante la presión institucional mi pareja finalmente no pudo asimilar.” Señaló que, aunque ostenta una asignación de retiro, “desde el 2007 he volcado todos mis esfuerzos, mis esperanzas y mis ánimos a que se me trate con dignidad e igualdad, que se me valore por mis condiciones personales y profesionales más que por las de mi orientación sexual y que a la final, la Institución vuelve y me echa sin siquiera haberme nivelado en cargo, grado ni retribución económica, ya que salí con un grado y sueldo inferior (en el grado de mayor) al que mis compañeros ostentan para la fecha de mi retiro que es el de Teniente Coronel”; generando un desequilibrio emocional que le ha implicado la necesidad de acudir a servicios profesionales de psicología.61

1. Por último, el accionante allegó copia de las solicitudes presentadas ante la Policía Nacional desde su reintegro en el año 2014 para obtener los ascensos respectivos; y pidió que su caso se analice valorando las actuaciones que ha debido adelantar desde el 2007, advirtiendo que tiene un hijo de 2 años al que quiere brindarle un ejemplo de superación y buena guía.

1. Como consecuencia de la reiteración probatoria efectuada a través de los autos del 14 de abril y del 10 de junio de 2021, se allegaron, entre otros documentos, copia integral de las investigaciones disciplinarias identificadas con los Nos. P-REDIP-2015-19 por "[a]l parecer conceder declaraciones a medios de comunicación sin la debida autorización"; y I-RESBO-2019-22 con ocasión de un informe del 14 de diciembre de 2018 relacionado con presuntos actos de abuso de poder –referidas por el actor en su primera intervención ante esta Corte–.

II. CONSIDERACIONES

1. Esta Sala es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241 (numeral 9) de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Selección de Tutelas Número Siete mediante Auto del 15 de diciembre de 2020.

A. Análisis de procedencia de la acción de tutela

1. Corresponde, en primer lugar, examinar si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia que se desprenden del artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991. Lo anterior, teniendo en cuenta que el amparo de los derechos que se alegan como vulnerados está ligado al reconocimiento de prestaciones cuyo reclamo son, en principio, competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa. Solo en caso de encontrarse acreditada la procedencia de la acción, se pasará a formular el problema jurídico y a resolver el fondo de la controversia.

1. Legitimación en la causa por activa. El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que "[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (…)" En desarrollo de esta preceptiva, el artículo 10 del Decreto 2591 establece que la acción de tutela podrá ser presentada (i) en forma directa por el interesado; (ii) por intermedio de representante legal en el caso de los menores de edad y de las personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial o (iv) por medio de agente oficioso.

1. En el caso en cuestión, se encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa. El señor William Hernando Viasus Pérez, actuando en nombre propio, invocó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana, al buen nombre, a la igualdad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión u oficio.

1. Legitimación en la causa por pasiva. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, en armonía con lo previsto en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede ante cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública y ello resulte en la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. Así mismo, el precitado decreto dispone que también se podrá acudir a la acción de tutela ante las acciones u omisiones de un particular, siempre que se enmarquen en el listado taxativo previsto en el artículo 42 del mismo ordenamiento.

1. En el caso sub examine, la acción de tutela fue dirigida en contra de las autoridades públicas que habrían presuntamente incurrido en la vulneración constitucional alegada. En ese sentido, el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional habrían emitido el acto administrativo de no recomendar el nombre del accionante para iniciar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a Teniente Coronel y, por el contrario, llamarlo a calificar servicios como Mayor de la Policía Nacional. Esto último, a través de la Resolución 0019 del 7 de enero de 2020, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional.

1. En consecuencia, las entidades accionadas emitieron los actos administrativos que presuntamente vulneraron o amenazaron los derechos fundamentales del actor y, por lo mismo, se encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

1. Inmediatez. Como presupuesto de procedencia, “la inmediatez exige que la tutela se presente en un plazo razonable, contado desde el momento de la supuesta vulneración o amenaza. De esta manera, se garantiza que el amparo sea un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (artículo 86 de la Constitución)”.62

1. En ese sentido, el presupuesto de inmediatez (i) se identifica con la finalidad de la acción de tutela, que consiste en la protección urgente e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, lo cual implica verificar que la acción se haya presentado dentro de un plazo razonable, según las circunstancias particulares de cada caso concreto; (ii) pretende evitar que se desvirtúe la naturaleza célere de la acción de tutela o que se promueva la negligencia o desidia de quien acude al amparo tardíamente; (iii) aunque la acción de tutela no tenga un término de caducidad, debe considerarse que cuando este mecanismo se utiliza mucho tiempo después de la ocurrencia del hecho que se alega como violatorio de los derechos fundamentales, se desvirtúa su carácter apremiante; y (iv) se acredita en casos en los que, excepcionalmente, existen razones válidas para la inactividad, como podría ser la imposibilidad de la persona para promover por sí misma la acción de tutela, cuando se evidencia que la afectación de sus derechos es continua y actual, o cuando por sus condiciones particulares resulta desproporcionado exigirle acudir a la acción en un plazo razonable.

2. En el asunto bajo examen, la Sala observa que el accionante promovió la acción de tutela en un término razonable frente a la pretensión relacionada a la revocatoria del acto administrativo que dispuso su llamado a calificar servicios.

1. El informe de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, que decidió no recomendar al Mayor William Hernando Viasus Pérez para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a Teniente Coronel, fue comunicado al actor el 19 de julio de 2019, mientras que el acto administrativo que dispuso su llamado a calificar servicios fue proferido el 7 de enero de 2020 y notificado personalmente al demandante el 12 de enero de 2020. Ahora bien, la acción de tutela fue presentada el 9 de junio de 2020, esto es, cinco meses después de la última actuación de la Policía Nacional que el accionante consideró como lesiva de sus derechos fundamentales. Este término resulta razonable y proporcionado para dar por satisfecho el requisito de inmediatez.

1. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política determina que la acción de tutela es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción busque evitar la configuración de un perjuicio irremediable.63 En ese sentido, la acción de tutela procede ante la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de las pretensiones. Esta regla tiene por objeto preservar el reparto de competencias atribuido a las autoridades judiciales por la Constitución y la ley, con fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial.

1. La jurisprudencia constitucional ha entendido que un mecanismo de defensa no es idóneo cuando no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral respecto del derecho comprometido.64 A su turo, la Corte ha precisado que el perjuicio irremediable “debe ser inminente, esto es, que esté por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) la respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o fundada en criterios de oportunidad y eficiencia, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.65

1. Asimismo, de conformidad con lo prescrito por los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, los jueces de lo contencioso administrativo tienen competencia para pronunciarse acerca de la legalidad de los actos dictados por las autoridades administrativas y, de ser el caso, ordenar el restablecimiento de los derechos afectados. Por lo cual, la acción de tutela no es procedente para referirse a la legalidad de actos administrativos.

1. En suma, (i) por regla general, la acción de tutela es improcedente para discutir la legalidad de un acto administrativo y solo de forma excepcional el juez de tutela podrá referirse sobre el particular cuando la afectación trascienda del plano legal al plano constitucional; (ii) es necesario que se acrediten las razones por las cuales el medio ordinario de defensa no es idóneo o hay riesgo de que ocurra un perjuicio irremediable; y (iii) es verificable la titularidad del derecho.

1. En consecuencia, si existe un medio de defensa principal, el accionante tiene la carga de acudir a él, toda vez que resulta necesario conservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción. No obstante, si se demuestra que éste no resulta idóneo ni eficaz para la protección efectiva de los derechos en discusión, o se evidencia un perjuicio irremediable, la acción de tutela resulta procedente como amparo transitorio.

1. Conforme a lo anterior, la primera cuestión que debe ser analizada en este caso es si el señor William Hernando Viasus Pérez tenía a su disposición otro medio judicial de defensa, diferente a la acción de tutela, para controvertir el acto administrativo del 7 de enero de 2020 que dispuso su llamado a calificar servicios.

1. En el presente asunto los jueces constitucionales de instancia coincidieron en señalar que no se satisfacía el requisito de subsidiariedad. El Juzgado 36 Administrativo de Bogotá sostuvo que (i) el acto que presuntamente lesionó los derechos del accionante fue el que le comunicó el 4 de septiembre de 2019 que con el Acta No. 006-ADEHU-GRUAS-2.25/APROP-

grure-3.22 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional no reconsideró su llamado al concurso previo al curso de capacitación para ascenso y que, en consecuencia, (ii) contra dicho acto administrativo podía ejercerse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

1. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que (i) la presunta discriminación por orientación sexual como razón del llamamiento a calificar servicios debía discutirse probatoriamente en el proceso judicial respectivo –que no es otro que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho– y que, (ii) dado que el llamamiento a curso presupone la permanencia en el servicio –que aquí no se configura–, esta pretensión no puede prosperar. Además, destacó que, (iii) en la medida en que se funda en el cumplimiento de decisiones judiciales, el camino que tiene el demandante es la vía ejecutiva, la cual agotó respecto de las órdenes dadas en vía de tutela a través del incidente de desacato.

1. Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que, en efecto, los conflictos como el aquí planteado, relacionados con la discusión sobre la legalidad de un acto administrativo, deben ser ventilados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como pasa a explicarse:

1. El accionante solicitó el amparo a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana, al buen nombre, a la igualdad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión u oficio. Empero, no demostró siquiera con prueba sumaria la ineficacia y falta de idoneidad del medio de control dispuesto para controvertir la legalidad de los actos administrativos proferidos por autoridades públicas y, en particular, por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

1. Primero, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo y eficaz para debatir la legalidad de los actos administrativos y, además, es el

escenario para determinar si existió o no un acto de discriminación conforme al material probatorio correspondiente. De hecho, el accionante ejerció dicho mecanismo, cuyo trámite se encuentra en curso y en el que planteó que el llamamiento a calificar servicios fue debido a su condición sexual y al ejercicio y defensa de sus derechos fundamentales,66 y en el que, además, pretende la nulidad de la Resolución 0019 del 7 de enero de 2020, su reintegro al cargo en un grado igual o superior sin solución de continuidad y el pago de las acreencias dejadas de percibir.67

1. Segundo, no existen fundamentos objetivos para no presentar la solicitud de medidas cautelares, menos aún cuando éstas proceden antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier momento de la actuación, sin que la decisión sobre las mismas constituya prejuzgamiento.68 Es decir, las medidas cautelares tienen por finalidad garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.69

1. En esos términos, y según el material probatorio que obra en el expediente, se desconoce si el accionante solicitó o no medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo. En la demanda no obra una petición en tal sentido, pero, en todo caso, no es claro si con posterioridad a ella se ha elevado la solicitud correspondiente. De no haberse hecho así, se estaría aceptando de plano la ineficacia del medio de control previsto para tal fin sin siquiera haberse ejercido de forma plena. Por el contrario, si en gracia de discusión se tuviese conocimiento de que el actor solicitó la medida cautelar y aquella fue negada, en principio, tampoco sería dable admitir la procedencia del amparo, pues la acción de tutela no permite reabrir debates zanjados en una sentencia judicial que goza de legalidad.

1. Al respecto, es menester resaltar que en la Sentencia SU-237 de 2019 la Corte se refirió a la presunta vulneración de derechos fundamentales por el llamamiento de oficiales de la Policía Nacional a calificar servicios e indicó, respecto del requisito de subsidiariedad, que en este tipo de casos "(…) no se cumple con este requisito, toda vez que la acción se orienta a controvertir unas decisiones administrativas para esto, el actor contó con otro medio de defensa que no ejerció, esto es, el control jurisdiccional por parte de los jueces de lo contencioso administrativo. Dicho medio era eficaz, debido a que las inconformidades que el

actor expone se enmarcan en las causales de nulidad consagradas en el inciso 2 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, y dicho proceso podía solicitar medidas cautelares y, de ser el caso, medidas de urgencia”.70

1. Tercero, si bien es cierto que el actor en el pasado acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la jurisdicción constitucional para exigir la protección de sus derechos, esta circunstancia no habilita al juez de tutela para asumir, aunque sea de forma transitoria, la competencia que por disposición legal le corresponde al juez natural del asunto que, en el presente caso, es el juez de lo contencioso administrativo. La exigencia de acudir al mecanismo ordinario no puede basarse en hechos pasados y ya cumplidos, sino en la situación actual del accionante, esto es, la existencia –o eventual existencia– de una situación excepcional que lo imposibilite para plantear sus reparos por medio de los medios de defensa ordinarios que el ordenamiento jurídico tiene previstos para tal efecto.

1. Por último, no es posible sostener la posible configuración de un perjuicio irremediable que justifique ordenar el amparo transitorio de los derechos del actor porque de accederse a las pretensiones dentro del trámite contencioso administrativo que actualmente se encuentra en curso, el accionante sería reintegrado a la Policía Nacional en igualdad de condiciones, es decir, recuperaría el goce de su derecho fundamental a la libre escogencia de profesión u oficio. Por lo cual, no existe el carácter irremediable que debe tener el perjuicio para que el amparo resulte procedente, esto es, que deba ser inminente por estar máximo a ocurrir, grave por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, o que requiera de medidas urgentes para evitarlo, o que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden.71

1. En el presente caso no hay ningún elemento de juicio que permita advertir la posible configuración de un perjuicio irremediable en los términos referidos. Ello es así, debido a que no está probado que el actor (i) padezca de alguna enfermedad o condición de salud, (ii) tenga personas a su cargo; y (iii) no se conoce la situación económica en la que se

encuentra, como para concluir que, pese a gozar de una asignación de retiro, está en riesgo su subsistencia. Es decir, se trata de una prestación económica periódica que implica que no se afecta el mínimo vital del actor ni se ponen en peligro sus condiciones mínimas de subsistencia.

1. De esta manera, si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la menor exigencia probatoria que debe requerirse en los procesos de tutela, esta menor exigencia no puede entenderse como ausencia de prueba. Por consiguiente, no puede fundarse un fallo de tutela exclusivamente en las apreciaciones y/o manifestaciones de los accionantes, ya que dicho mecanismo "procede excepcionalmente para reconocer el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales, cuando (i) se logre probar la existencia de un perjuicio irremediable que torne ineficaz o no idóneo el mecanismo ordinario de defensa judicial; y (ii) que se pruebe sumariamente la titularidad de los derechos reclamados."72

1. Así las cosas, en el asunto que se revisa no es posible considerar que el accionante se encuentre en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable o que la situación que aduce implique la vulneración actual y directa de sus derechos fundamentales, que resulte en la intervención necesaria e impostergable del juez de tutela y que, además, desplace la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, la acción instaurada por el señor William Hernando Viasus Pérez es improcedente por no encontrarse acreditado el requisito de subsidiariedad y por no haberse demostrado la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1. En consecuencia, se procederá a confirmar la Sentencia de la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en segunda instancia, que confirmó el fallo emitido el 24 de junio de 2020 por el Juzgado 36 Administrativo del Circuito de Bogotá, en primera instancia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela invocados por Mayor William Hernando Viasus Pérez por no haberse acreditado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Por las razones expuestas en esta providencia, CONFIRMAR la sentencia del 18 de agosto de 2020 proferida la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, a su turno, confirmó el fallo dictado el 24 de junio de 2020 por el Juzgado 36 Administrativo del Circuito de Bogotá, en el que se declaró la improcedencia de la acción de tutela promovida por el señor William Hernando Viasus Pérez en contra del Ministerio de Defensa-Policía Nacional debido al incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-243/22

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable (Salvamento de voto)

(…), en tanto que (i) aun cuando el accionante interpuso el medio de nulidad y restablecimiento del derecho, que estaba en curso durante el trámite de revisión, lo cierto es que dentro de ese medio de control las medidas cautelares no resultaban idóneas y eficaces para su caso particular; (ii) de manera inminente, por las implicaciones de la carrera de la Policía Nacional, se podía afectar su derecho a escoger profesión u oficio; luego, (iii) resultaba desproporcionado exigirle que, sin otorgarle una protección oportuna, esperara una nueva decisión por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; entonces, en mi criterio, (iv) la acción de amparo debió ser analizada como mecanismo transitorio.

CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE DISCRIMINACION Y LA LABOR DEL JUEZ EN SEDE DE TUTELA (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-8.002.876

Acción de tutela instaurada por William Hernando Viasus Pérez contra el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Magistrado ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

Por un enfoque diferencial para la garantía de igualdad material:

el papel especial del juez constitucional frente a contextos de discriminación por cuestiones de orientación sexual

1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Primera de Revisión,73 a continuación presento las razones que me llevaron a apartarme de la determinación adoptada por la mayoría en la Sentencia T-243 de 2022. En mi criterio, la Corte Constitucional debió proferir un pronunciamiento de fondo, revocar las decisiones de instancia que declararon la improcedencia del amparo, y tutelar transitoriamente los derechos fundamentales a la igualdad y a escoger profesión y oficio del señor William Hernando Viasus Pérez.

1. Atendiendo la exigencia que suponía el caso en torno a materializar un criterio diferencial, estimo que una decisión en ese sentido no sólo habría representado un aporte de la Corte Constitucional en la construcción constante, y siempre inacabada, de una sociedad comprometida, incluyente, respetuosa y consciente de la diferencia, sino que también habría permitido avanzar en la consolidación de un estándar de protección más amplio de los derechos de las personas con una orientación sexual diversa en la Policía Nacional, como enseguida expongo.

1. William Hernando Viasus Pérez es homosexual. Ha dedicado su vida profesional a la Policía Nacional. Desde hace más de quince años ha intentado conjurar tanto judicial como administrativamente distintos obstáculos para materializar su proyecto vocacional, pues sólo ha obtenido resultados adversos o aparentemente favorables a sus intereses y derechos. Dichos obstáculos, conforme afirmó, han estado indebida e inescindiblemente ligados a situaciones de discriminación causados por su orientación sexual diversa. De hecho, así lo han reconocido varias autoridades judiciales.

1. En principio, tras culminar los estudios correspondientes en la Escuela de Cadetes de

Policía “General Francisco de Paula Santander”, con el curso No. 075, el señor Viasus Pérez fue vinculado el 16 de mayo de 2000 como subintendente a la Policía; sin embargo, siete años más tarde, cuando había logrado ostentar el grado de Teniente, fue retirado del cargo por el Gobierno nacional mediante el ejercicio de la facultad discrecional prevista para el efecto en el ordenamiento.74 En desacuerdo con la determinación, el afectado presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que con el acto administrativo de retiro se incurrió, entre otros vicios, en falsa motivación, abuso y desviación de poder. En concreto, sostuvo que su desvinculación obedeció a “un castigo por su orientación o condición sexual y no por deficiencias o mala prestación del servicio.”

1. Tras cuatro años de litigio, mediante providencia del 12 de julio de 2011, el Juzgado 2º Administrativo de Florencia accedió a sus pretensiones. La autoridad judicial concluyó, en síntesis, que el acto administrativo había sido proferido con falsa motivación y mediante abuso y desviación de poder. Esto, pues una de las pruebas practicadas, específicamente, el testimonio de quien entonces fungía como su superior, demostraba que su retiro de la Fuerza Pública estuvo determinado por su orientación sexual. En consecuencia, anuló (parcialmente) el acto demandado; ordenó el reintegro, “con la antigüedad equivalente” al momento de cumplirse la orden, y declaró que no había existido “solución de continuidad” en la prestación del servicio.

1. Casi tres años más tarde, al resolver la apelación presentada por la Policía Nacional, por medio de Sentencia del 23 de enero de 2014, el Tribunal Contencioso Administrativo de Caquetá corroboró que, en efecto, el acto de desvinculación estuvo motivado en la exteriorización de la condición sexual del ciudadano Viasus Pérez. Por tanto, confirmó, en lo esencial, la decisión de primer grado.

1. Luego de radicar solicitud de cumplimiento de la providencia judicial antes referida, el 30 diciembre de 2014, la Policía Nacional dispuso su reintegro al servicio activo en el grado de Teniente. Más tarde, previa realización del curso respectivo, el 1º de junio de 2015 fue

ascendido a Capitán. Sin embargo, aun cuando las autoridades judiciales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ordenaron su reintegro “sin solución de continuidad”, ello no fue debidamente obedecido por la Policía Nacional. La institución negó al señor Viasus Pérez el llamado a curso de ascenso al grado de Mayor, puesto que en su concepto, a diferencia de sus compañeros del curso No. 075, aquel no cumplía con la antigüedad requerida para postularse a dicho cargo.

1. Al considerar la existencia de una situación de desigualdad frente a sus compañeros de promoción, a mediados del año 2015 el actor solicitó por primera vez a la Policía Nacional que se cumpliera integralmente con las decisiones judiciales que dispusieron su reintegro “sin solución de continuidad.” Ello implicaba que se computaran los siete años que permaneció por fuera de la Policía Nacional -por cuenta del retiro abusivo que padeció-, a efectos de determinar su antigüedad. Así podría acceder al concurso previo para ascenso al grado de Mayor. No obstante, ante la primera negativa de la Policía Nacional a su requerimiento, el actor debió reiterar su solicitud en tres ocasiones, al menos hasta octubre del 2018. No obstante, cada vez recibió respuestas adversas a sus intereses y derechos. Así lo determinó igualmente una autoridad judicial, esta vez, de la Jurisdicción Constitucional.

1. En efecto, transcurridos casi tres años desde la petición inicial de cumplimiento integral del fallo judicial y ante la persistencia en la negativa de la Policía Nacional, el 17 de enero de 2019 el señor Viasus Pérez interpuso acción de tutela. El Tribunal Administrativo de Caquetá, mediante Sentencia del 22 de febrero de 2019, en sede de impugnación, amparó sus derechos a la igualdad y al debido proceso. Al respecto, destacó que la razón para declarar el reintegro “sin solución de continuidad” buscaba que las cosas se retrotrajeran al estado anterior de la afectación sufrida, por lo que en la actualidad la situación del tutelante “debía equipararse a la de sus compañeros de curso.” En su protección, ordenó entonces llevar a cabo las gestiones necesarias para determinar si el accionante cumplía con los requisitos para ser promovido a Mayor, teniendo en cuenta el tiempo que estuvo por fuera del servicio y, con ello, además establecer si podría ascender al momento de que comenzara el curso de ascenso al grado de Teniente Coronel.

1. En consecuencia, a través de Decreto del 31 de mayo de 2019, la Policía Nacional reajustó la antigüedad del accionante y dispuso su ascenso al grado de Mayor. Igualmente, adelantó la etapa de evaluación de trayectoria profesional para el llamado a concurso previo al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel.

1. Sin embargo, el señor Viasus Pérez no fue recomendado para ello por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, de nuevo, en uso de su facultad discrecional. Por lo tanto, el oficial Viasus Pérez presentó recurso de reposición ante el Ministerio de Defensa y, al estimar que se había incumplido la orden del juez de tutela y que continuaba la vulneración de sus derechos fundamentales, presentó incidente de desacato.

1. El trámite incidental tampoco estuvo desprovisto de vicisitudes. Su apertura únicamente tuvo lugar debido a la resolución favorable de una nueva acción de tutela formulada por el actor contra la providencia judicial que inicialmente consideró el cumplimiento de las órdenes constitucionales antes aludidas. Una vez se logró abrir el incidente, el señor Viasus Pérez enfatizó allí que no podía ser evaluado al igual que sus compañeros para efectos de lograr el ascenso a Teniente Coronel, ya que era necesario considerar su doble condición de "reintegrado y miembro de la comunidad LGBTI."

1. Con todo, mientras el accionante adelantaba la segunda acción de tutela antes referida, es decir, frente al juez constitucional de primera instancia que se negó a abrir el incidente de desacato, el 14 de noviembre de 2019 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía recomendó el retiro, por llamamiento a calificar servicios, del señor Viasus Pérez. Ello se hizo efectivo mediante Resolución 0019 del 07 de enero de 2020, expedida por el Ministerio de Defensa. De ese modo, el ciudadano William Hernando Viasus Pérez únicamente ocupó el cargo de Mayor por poco más de seis meses.

1. Contra ese acto administrativo, el 6 de mayo de 2020, el demandante inició trámite de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación como requisito de procedibilidad para que, en caso de no obtener la revocatoria del acto de retiro, pudiera emprender la vía judicial. En efecto, una vez la conciliación falló, el 29 de julio de 2022 interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

1. Entre tanto, el señor Viasus Pérez formuló la acción de tutela que revisó la Corte Constitucional en la Sentencia T-243 de 2022. Allí, el accionante afirmó que la facultad discrecional que le confiere la Ley al Gobierno nacional ha sido ejercida, en dos oportunidades, de forma abusiva. Sostuvo que la victimización de la cual ha sido objeto no sólo implicó que fuese retirado del servicio en el año 2007 con abuso y desviación del poder, sino que pese a contar con varias determinaciones judiciales a su favor, la Policía Nacional se ha negado sistemáticamente a reestablecer y reparar el daño que sufrió con su primer retiro. En ese sentido, denunció, en general, que desde su reintegro ha sido discriminado constantemente por razón de su orientación sexual, pues incluso le fueron abiertos varios procesos disciplinarios en los cuales su condición sexual jugó un papel determinante -y los cuales, sin embargo, no prosperaron-. De ese modo, señaló que la discriminación que ha padecido, por motivo de su orientación sexual, no solo no ha logrado ser conjurada, sino que su menoscabo se ha extendido indefinidamente en el tiempo.

1. En concreto, el ciudadano Viasus Pérez fundamentó la vulneración de sus derechos fundamentales en (i) la negativa del Ministerio de Defensa – Policía Nacional de dar cumplimiento integral a una orden de reintegro, sin solución de continuidad, decretada en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y reiterada por un juez constitucional en sede de tutela, la cual se habría materializado en el acto administrativo que dispuso el no llamamiento al concurso previo al curso de capacitación para ascender al grado de Teniente Coronel; y (ii) la decisión del Ministerio de Defensa – Policía Nacional de dar por terminado su vínculo como oficial -en el grado de Mayor- de la Policía Nacional, en aplicación de la causal de llamamiento a calificar servicios.

1. En síntesis, el recuento realizado muestra que desde su reingreso en el año 2014 y hasta la salida de la institución en el 2020, el accionante solo vio aparentemente satisfechos sus derechos en relación con sus grados de Capitán y Mayor hasta el año 2019, aun cuando desde la fecha misma de su reintegro tenía la antigüedad requerida para ser llamado al curso de ascenso a Capitán e incluso a Mayor y, posteriormente para ser llamado a los cursos requeridos para ascenso a Teniente Coronel. Lo anterior habría implicado que el restablecimiento de sus derechos por actos de discriminación por orientación sexual, conducta que fue probada en el marco del proceso contencioso que finalizó en el 2014, se perpetuara cerca de cinco años más. En otras palabras, la discriminación por orientación sexual que fue acreditada en el proceso judicial iniciado en el 2007, se habría mantenido ante la negativa constante de la institución de adoptar las medidas de restablecimiento de sus derechos ordenadas en el marco de ese proceso.

1. No obstante, la Sentencia T-243 de 2022 consideró que la acción de tutela no cumplía con el requisito de procedencia formal de subsidiariedad y, por tanto, decidió confirmar las decisiones de instancia que declararon improcedente el amparo. Como fundamento de la determinación, la mayoría de la Sala estimó que (i) el accionante tiene a su alcance el mecanismo de medidas cautelares al interior del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual actualmente se encuentra en curso; (ii) el despliegue administrativo y judicial del actor en su primer proceso judicial y en el cumplimiento del mismo, no resulta relevante para efectos de analizar la idoneidad y eficacia del mencionado medio de control; y (iii) no se advierte un perjuicio irremediable que hiciera viable la concesión de un amparo transitorio, toda vez que el demandante cuenta con una asignación de retiro. Por ello, en el evento de que el Juez de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo acceda a las pretensiones expuestas en el medio de control, allí se podría disponer su reintegro en igualdad de condiciones que sus compañeros de promoción.

1. Lamento que la posición mayoritaria no haya atendido la necesidad de materializar el enfoque diferencial que exigía la situación particular del señor William Hernando Viasus

Pérez. Es decir, un enfoque que lograra responder adecuadamente a los reclamos derivados del contexto integral de la situación de discriminación alegada, así como a las posibilidades "reales" de protección judicial en favor del actor, las cuales únicamente se materializaban de forma transitoria y exclusiva con la acción de tutela que fue objeto de revisión.

1. Estimo que la aplicación de un enfoque de esa naturaleza resultaba imprescindible, pues frente a situaciones en las cuales deben conjurarse obstáculos institucionales y sociales que, a través de prejuicios y estereotipos se muestran contrarios a la igualdad y a la prohibición de discriminación, y que infortunadamente todavía se hacen patentes de cara a la vida de las personas con orientación sexual diversa, el juez constitucional tiene un papel especial en contribuir a su destierro definitivo. Sin embargo, ello no fue el caso en esta oportunidad. En mi criterio, una comprensión sistemática e integral de las circunstancias laborales enfrentadas por el accionante, que en varios casos no han podido ser resueltas pese a la intervención y determinación de diversas autoridades judiciales, habría permitido un despliegue efectivo de la promesa constitucional de igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual diversa.

1. En particular, discrepo de la decisión porque, según considero: (i) el análisis del requisito de subsidiariedad debió abordar el contexto integral de la situación del accionante. Así, el examen en torno a la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario implicaba considerar las cargas judiciales y administrativas que ha debido soportar el actor, esto es, bajo el común denominador de la búsqueda de protección de su derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de su orientación sexual; (ii) era necesario advertir la urgencia de conjurar la ocurrencia de un inminente perjuicio irremediable en relación con su derecho a escoger profesión u oficio; y, por lo tanto, (iii) debió conceder un amparo transitorio conforme al resultado de la valoración de la prueba indiciaria obrante en el expediente, tal y como exigen los casos en los que se discuten escenarios constitutivos de discriminación.

La acción de tutela satisfacía el requisito de subsidiariedad

1. Si bien es cierto que, en principio, el accionante contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar la legalidad de los actos administrativos por los que (i) no fue llamado al concurso previo al curso de capacitación para ascender al grado de Teniente Coronel y (ii) fue retirado del servicio bajo la causal de calificación de servicios, estimo que el análisis de idoneidad y eficacia del medio ordinario implicaba tener en cuenta, en primer lugar, la naturaleza discriminatoria de los cargos formulados y la dificultad probatoria que su demostración preliminar suponía para la prosperidad de las medidas cautelares; y, en segundo lugar, una perspectiva integral que atendiera la actividad judicial y administrativa que ha llevado a cabo el ciudadano Viasus Pérez ante la justicia y a la administración, en búsqueda de protección de su derecho a la igualdad y no discriminación debido a su orientación sexual.

1. De haber sido el caso, la posición mayoritaria no habría perdido de vista que: (i) el instrumento de medidas cautelares del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho carece de falta de idoneidad y eficacia en el caso concreto, en razón de la particular naturaleza de la fuente de vulneración alegada y la dificultad probatoria que su demostración suponía en ese escenario específico.

1. De un lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la vía judicial prevista ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es siempre idónea y eficaz para conjurar la vulneración acusada, por cuanto las medidas cautelares que allí se prevén pueden no siempre conceder una protección efectiva e inmediata a los derechos fundamentales en tensión, esto es, de cara a las circunstancias concretas de quienes podrían resultar afectados por un acto administrativo particular y concreto.75

1. En ese sentido, no podía olvidarse que según el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011,76 la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo de dichas características exige la acreditación, sin una etapa probatoria, de la violación alegada. No de otra forma puede explicarse que la norma en cuestión disponga que la medida cautelar procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando el menoscabo surja (i) del análisis del acto demandado y su

confrontación con las normas superiores invocadas como vulneradas o (ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

1. Bajo esa perspectiva, la naturaleza subyacente de los actos que implicaron la búsqueda de amparo del señor Viasus Pérez conllevaba que este agotara al interior de dicho proceso el debate probatorio tendiente a demostrar, de un lado, la discriminación por parte de la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional que decidió no recomendar su nombre para realizar el concurso previo al curso de capacitación para el ascenso a Teniente Coronel; y, de otro, la discriminación, falsa motivación y desviación de poder en que habría incurrido el acto administrativo que dispuso su llamamiento a calificar servicios.

1. De ese modo, la carencia de idoneidad y eficacia del instrumento de medidas cautelares de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el caso particular del accionante se hacía visible. Ante la naturaleza de los cargos planteados, que esencialmente acusaron la existencia de comportamientos discriminatorios en su contra debido a su orientación sexual, su demostración requería que el actor agotara un importante despliegue probatorio tendiente a demostrar los vejámenes de los que habría sido objeto. Con todo, por ejemplo, no podía perderse de vista que ese debate probatorio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo únicamente habría comenzado una vez pasado más de un año después de que el medio de control de nulidad y restablecimiento fue presentado. Luego, frente a este caso no podía predicarse su idoneidad y eficacia para descartar la intervención del juez de tutela.

1. Asimismo, (ii) es evidente que el accionante acreditó un esfuerzo administrativo y judicial en la búsqueda del restablecimiento de los derechos que consideró conculcados, continuamente, desde su primer retiro del servicio en el año 2007 y hasta el año 2020. En otras palabras, es claro que ha soportado una importante carga procesal que, valorada en conjunto, permitía advertir que era desproporcionado considerar la improcedencia de la acción de tutela en esta ocasión.

1. De esta manera, es importante recordar que el señor William Viasus Pérez acudió en el año 2007 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a cuestionar el acto administrativo que ordenó, por primera vez, su retiro discrecional del servicio. Dicho proceso tuvo una duración aproximada de 7 años y culminó luego de dos instancias favorables a sus pretensiones en el año 2014, en las que se concluyó la discriminación que sufrió al haber sido retirado del servicio por cuenta de su orientación sexual.

1. Posteriormente, el actor inició una etapa de reclamación administrativa radicando distintos derechos de petición los días 3 de junio y 20 de noviembre de 2015, 3 octubre de 2018 y 10 octubre de 2018, con el objeto de solicitar que el reintegro efectuado se cumplirá "sin solución de continuidad" y, en consecuencia, se llamara a curso de ascenso en atención a su antigüedad, de forma equivalente al llamado efectuado a sus compañeros de curso No. 075.

1. Aunado a lo expuesto, el peticionario acudió también en dos oportunidades a la Jurisdicción Constitucional para perseguir el cumplimiento integral del fallo que ordenó su reintegro sin solución de continuidad a la Policía Nacional, pues esta se negaba a nivelarlo con sus compañeros de promoción. En la primera ocasión logró que el Tribunal Administrativo de Caquetá, en impugnación, amparara sus derechos; en la segunda, acudió a la acción de tutela porque el juez de cumplimiento del primer trámite de tutela, se negó a abrir el incidente de desacato que propuso contra la Policía Nacional por el incumplimiento del fallo de tutela. Allí el Tribunal referido, mediante providencia de noviembre de 2019, concedió la protección y ordenó al juez del incidente que diera trámite al incidente de desacato.

1. En otros términos: pese a la activación de mecanismos judiciales y administrativos desde hace más de 15 años, incluso con la obtención de un fallo favorable que ordenaba el

restablecimiento integral de sus derechos, el accionante no ha contado con una repuesta institucional que garantizara su derecho a la no discriminación por razón de su orientación sexual; y que, por lo tanto, materializara de forma concreta la posibilidad de permanencia y acceso a los grados a que en principio tenía derecho por su antigüedad dentro de la Policía Nacional.

1. Sumado a ello, en mi criterio, la situación del accionante demostraba la necesidad de conjurar la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable en relación con su derecho a escoger profesión y oficio. Ello, por cuanto: (i) el solo transcurso del tiempo repercute negativamente en su garantía. No solamente priva al señor Viasus Pérez de desempeñarse en la carrera oficial de la Policía Nacional para la que se preparó, sino que además la carrera en el cuerpo policial es reducida atendiendo a los riesgos propios de esa actividad y a la disminución de las posibilidades de ascenso por cuenta de la estructura piramidal del alto mando; asimismo, (ii) fue probado que no pudo desarrollar durante poco menos de siete años su profesión debido a una desvinculación discriminatoria por razón de su orientación sexual; y, por si fuera poco, (iii) el demandante tiene actualmente 45 años, por lo que un eventual reintegro y reparación económica por vía de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa dentro de varios años resultaría inocua frente al derecho que tiene a ejercer su profesión en los tiempos que corren.

1. En consecuencia, en tanto que (i) aun cuando el accionante interpuso el medio de nulidad y restablecimiento del derecho, que estaba en curso durante el trámite de revisión, lo cierto es que dentro de ese medio de control las medidas cautelares no resultaban idóneas y eficaces para su caso particular; (ii) de manera inminente, por las implicaciones de la carrera de la Policía Nacional, se podía afectar su derecho a escoger profesión u oficio; luego, (iii) resultaba desproporcionado exigirle que, sin otorgarle una protección oportuna, esperara una nueva decisión por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; entonces, en mi criterio, (iv) la acción de amparo debió ser analizada como mecanismo transitorio.

El juez constitucional cumple un papel especial para contribuir a desterrar formas de discriminación por razones de orientación sexual

1. Ahora bien, una vez superados los requisitos formales de procedencia, considero que los elementos de juicio obrantes en el expediente permitían encontrar acreditado que la Policía Nacional habría vulnerado los derechos a la igualdad y no discriminación y a escoger profesión u oficio del señor William Hernando Viasus Pérez, al no recomendarlo para el concurso previo al curso de capacitación de ascenso a Teniente Coronel de esa institución y, posteriormente, al disponer su retiro del servicio por la causal del llamado a calificar servicios.

1. Estimo que, aun cuando las decisiones del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que cuestionó el accionante exhibían formalmente un fundamento jurídico en cuanto se sustentaron en el carácter discrecional que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a esta clase de actos, la Sala podía encontrar suficientes elementos de juico que permitían inferir que aquellos se tomaron en un contexto en el que la orientación sexual del accionante resultó determinante para su adopción.77 Es decir, bajo criterios sospechosos de discriminación cuya existencia pudo ser corroborada, sin lugar a dudas, a través de la prueba indiciaria aportada al trámite de tutela.

1. Al respecto, es cierto que la Policía Nacional cuenta con un importante margen de discrecionalidad para adoptar sus decisiones y que tiene competencia para disciplinar a sus integrantes. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que ello tiene razón por cuanto su ejercicio responde, por ejemplo, al relevo natural que debe llevarse a cabo dentro del esquema piramidal de mando de esa institución; igualmente, ha reconocido que su adopción se puede sustentar en razones de conveniencia institucional, con independencia de las condiciones personales y profesionales de los servidores públicos que eventualmente puedan ser llamados a ascenso o retiro. Con todo, ha puntualizado que esta competencia “no puede ser ejercida con una finalidad diferente al mejoramiento del servicio, por ejemplo, como mecanismo de sanción dentro de las fuerzas militares o de policía.”78

1. Por su parte, conforme a la jurisprudencia constitucional, no puede olvidarse que la valoración de la prueba indiciaria resulta necesaria en aquellos casos en los cuales se discuten posibles escenarios de discriminación, dadas las dificultades que se presentan para demostrar hechos, actuaciones u omisiones como los alegados por el señor Viasus Pérez. Al respecto, estimo que de haber superado el requisito de procedencia formal y de haber valorado la prueba indiciaria disponible en el expediente de la tutela que fue objeto de revisión, se habría advertido que las decisiones cuestionadas por el señor William Hernando Viasus Pérez habrían sido adoptadas en un contexto sospechoso de discriminación continua en su contra.

1. En efecto, entre los hechos indicadores de una situación así en contra del señor Viasus Pérez se encuentran, al menos: (i) la conclusión del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho surtido desde el año 2007, en primer instancia, y hasta el 2014, en segunda, según el cual la desvinculación de la Policía Nacional frente al señor Viasus Pérez tuvo lugar en razón de su orientación sexual diversa; (ii) que desde el instante mismo de reincorporación, luego de ser reconocida la discriminación de la cual fue objeto, el actor enfrentó una serie de barreras administrativas que lo llevaron a acudir a diversos trámites judiciales para intentar el restablecimiento pleno de sus derechos; (iii) aunque esto se conseguiría en relación con sus grados de Capitán y Mayor en el año 2019, posteriormente fue llamado a calificar servicios con apenas seis meses efectivos de disfrute de su nuevo rango; (iv) al menos uno de los trámites disciplinarios que se inició en su contra tuvo como trasfondo su orientación sexual diversa; (v) la hoja de vida del accionante da cuenta de reconocimientos por su compromiso institucional y felicitaciones públicas a lo largo de su carrera, lo cual si bien no le confería estabilidad, sí contribuía a establecer el contexto de adopción de las decisiones de la administración objeto de reproche; (vi) la existencia de vacantes para el cargo de Teniente Coronel, cuyo ascenso pretendía y (vii) las constantes y extensas acusaciones del demandante en sede judicial o administrativa que ponían en el centro de su discusión actos que concibió como discriminatorios por su orientación sexual, fueron contestados a lo largo de los diferentes procesos de manera genérica, circunscritas a la “facultad discrecional” de retiro, pero sin explícita y puntual réplica frente a los vejámenes alegados como

discriminatorios.

1. En consecuencia, considero que existían suficientes motivos para otorgar un amparo transitorio a los derechos a la igualdad y a la libertad de escoger profesión y oficio del señor Viasus Pérez, hasta que el juez de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo que adelanta el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho profiriera una decisión de fondo en primera instancia.

1. Una determinación en este sentido, habría permitido que el juez constitucional contribuyera a desmontar actuaciones que denotan la persistencia de aparentes patrones estructurales de discriminación por motivos de orientación sexual, así como el arraigo de profundos prejuicios hacia las personas LGBTI, cuya falta de atención debida puede generar que en muchas ocasiones estas prácticas discriminatorias pasen desapercibidas en la sociedad y tiendan a normalizarse o a restarles importancia.

1. No podemos olvidar que frente a escenarios de tal naturaleza se hace patente el papel que se espera del juez constitucional de asumir el estudio de estos casos con una especial sensibilidad constitucional y compromiso absoluto con la dignidad humana, “aplicando criterios de enfoque diferencial que obedezcan a la situación generalizada de vulnerabilidad y que tiendan a una solución jurídica que contribuya a la superación de la misma”;81 lo que lamentablemente no ocurrió en el caso particular del señor Viasus Pérez.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

1 La Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional la preside la Magistrada

Diana Fajardo Rivera. Sin embargo, en los términos del artículo 34 del Reglamento Interno de la Corte – Acuerdo 02 de 2015-,1 el proyecto de fallo no alcanzó la mayoría requerida para su aprobación. En consecuencia, el expediente se rotó al Magistrado Jorge Enríquez Ibáñez Najar, siguiente apellido en orden alfabético entre el grupo de Magistrados de la Sala Primera de Revisión con la postura mayoritaria, para que redacte el nuevo proyecto de fallo.

2 Una vez sometido el proyecto de fallo a votación en sesión del 6 de diciembre de 2021 de la Sala Primera de Revisión, no alcanzó la mayoría requerida para ser aprobado.

3 Por Auto del 1 de febrero de 2022, la Magistrada Diana Fajardo Rivera dispuso remitir al nuevo ponente el expediente T-8.002.876. En cumplimiento de dicha providencia, el 2 de febrero de 2022 la Secretaría General puso a disposición del despacho del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar el referido expediente.

4 Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” fl. 18

6 Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” fl 23

7 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.”

8Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” Demanda de nulidad y restablecimiento. Documento anexo al escrito de tutela. fls 90-109

9 Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” Sentencia de primera instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Documento anexo al escrito de tutela. fls. 42-45

10 Es parcial porque a través del Decreto No. 931 del 23 de marzo de 2007, proferido por el Presidente de la República, se retiraron del servicio otros miembros activos de la Policía Nacional. En esa medida, la declaratoria de nulidad solo se decretó respecto del aquí accionante.

11 La autoridad judicial afirmó que esta orden la concedía “tal como se solicitó en el numeral segundo de las pretensiones de la demanda.” A su turno, el numeral segundo de las

pretensiones se presentó así: “se disponga que la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional está obligada a reintegrar y reincorporar a mi mandante a un grado y cargo en la Policía Nacional de superior categoría como CAPITÁN o al grado que en el momento del reintegro ostenten sus compañeros de promoción, como si no hubiese existido solución de continuidad para todos los efectos desde el retiro forzado hasta su reintegro, e igualmente que las demandadas son responsables de los daños morales causados al demandante como resultado de las decisiones anuladas y de las pretensiones contenidas en la demanda.”

12 Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” Sentencia de primera instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Documento anexo al escrito de tutela

13 En el testimonio, el declarante afirmó que: “[p]ara el mes de marzo de 2006, el señor Comandante del Departamento de Policía de Córdoba en momento en que nos encontrábamos en la oficina… me preguntó sobre el comportamiento del teniente VIASUS… el señor Coronel Comandante de Policía Córdoba… me hizo una pregunta acerca de las inclinaciones sexuales del teniente VIASUS porque él había recibido una información verbal que el teniente VIASUS era homosexual… El señor Coronel me manifestó que estuviese muy pendiente de esa clase de comportamiento porque él no iba a permitir ninguna actuación homosexual de los miembros de la Policía que tenía bajo su mando… Para el mes de julio de 2006 nuevamente fui abordado por el señor Coronel… en donde trató el tema del comportamiento sexual del teniente VIASUS y ya en esta oportunidad me manifestó que ya había informado al mando superior y había solicitado que le fuera aplicada la medida discrecional de retiro como también el traslado de dicha unidad porque el teniente era homosexual…”

14 A partir de lo anterior, el Juzgado concluyó: [a]lgo que es absolutamente obvio para este despacho, tiene que ver con la declaración rendida por el Coronel Joaquín Enrique Aldana Ortiz, al manifestar que para el mes de julio de 2006 fue abordado nuevamente por el Coronel JAIME ORLANDO VELASCO GUTIERREZ en donde se trató el tema del comportamiento sexual del teniente Viasus, y quien le manifestó a ALDANA ORTIZ que ya había informado al mando superior esta situación del señor VIASUS PEREZ, por lo que había solicitado que le fuera aplicada la medida discrecional de retiro como también el traslado de dicha unidad

porque el teniente era homosexual. || Es evidente que las razones tenidas en cuenta por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para dar el concepto de retiro del teniente WILLIAM HERNANDO VIASUS PÉREZ de dicha institución, no fueron otras diferentes a la condición sexual que posee el accionante."

15 Expediente digital T-8.002.876 "Tutela William Hernando Viasús.pdf." Sentencia del 23 de enero de 2014 del Tribunal Administrativo de Caquetá en el proceso nulidad y restablecimiento del derecho. Documento anexo al escrito de tutela.

16 "CUARTO: ORDENAR a la Entidad demandada que pague al actor los sueldos, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos que haya dejado de percibir desde la fecha de desvinculación y hasta el momento en que sea efectivamente reintegrado, para lo cual debe ser convocado para realizar los cursos de ascenso." (Lo destacado fue eliminado por el Tribunal de segunda instancia).

17 Para esta síntesis se toma en cuenta lo afirmado en el escrito de tutela, pero también en las pruebas allegadas. En particular En particular, el documento "Respuesta OPT-A-399-2021, Consecutivo 23. Cumplimiento Núm. 3 Auto Corte Constitucional.pdf."

18 "Con esta descripción quiero ilustrar al despacho de mi General que de los originalmente 118 Alférez nombrados como Subtenientes en la resolución 0592, a la fecha del último curso ascenso a Mayores, lo hace un grueso que corresponde al 69% de los 118 oficiales egresados del curso 075 en mayo de 2000, es decir que hay conmigo 37 oficiales que no aparecemos en el último decreto de ascenso, y esto obedece a que unos han muerto, otros se han retirado por voluntad propia y solo 2 se encuentra retrasados en tiempo 17 y 22 días de diferencia al grupo."

19 Se refirió a las siguientes: (i) ascenso del personal restablecido en funciones luego de una absolución, preclusión, cesación o revocatoria de medida de aseguramiento (Art. 52, Decreto ley 1791 de 2000); (ii) personal involucrado en otros supuestos de investigación penal (Art. 47.3, Decreto ley 1800 de 2000); y (iii) ascenso retroactivo del personal secuestrado (Art. 9, Ley 1279 de 2009).

20 En el escrito de tutela, el actor señaló que adelantó la acción referida, entre otras, porque en las respuestas a sus peticiones no se le concedieron recursos para agotar la vía

administrativa.

21 Información complementada con el fallo de segunda instancia de esta tutela, anexo al escrito de tutela. Link pie de página No. 1. P. 111.

22 Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” Documento anexo al escrito de tutela. fls 124-136.

23 Esta información se obtuvo de los datos allegados al expediente con base en las pruebas decretadas por la Magistrada Fajardo. Lo anterior se puede verificar: Expediente digital T-8.002.876 “Respuesta OPT-A-401-2021. Anexos Policia Nacional.pdf”

24 Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” fl 8.

25 Ibidem. fl. 8-9

26 Ibidem. fl.9

27 Expediente digital T8-8.107.503 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.”. Documento anexo a la acción de tutela, fl.149-154.

28 Expediente digital T8-8.107.503 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.”. Documento anexo a la acción de tutela. fls. 155 – 156.

29 Expediente digital T8-8.107.503 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.”. Documento anexo a la acción de tutela, fls. 160-164. La información contenida en esta Acta fue puesta en conocimiento del accionante mediante oficio No. S-2019-071301/ADEHU-GRUAS-1.10 del 27 de noviembre de 2019. Pp. 157 – 159.

30 Expediente digital T8-8.107.503 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.”. Documento anexo a la acción de tutela, fls. 184-191.

31 Expediente digital T8-8.107.503 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.”. Documento anexo a la acción de tutela, fls. 168-174

32 Expediente digital T8-8.107.503 “Tutela William Hernando Viasus.pdf.”, fls. 35-35

33 Expediente digital T8-8.107.503 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.”, fl 15.

34 Ibidem.

35 Expediente digital T8-8.107.503. “FALLOTUTELA(1)PRIMERA”.

36 Expediente digital T8-8.107.503. “ImpugnacióntutelaWilliamViasus”

37 Expediente digital T8-8.107.503 “fallo2020-068williamviasus(1)pdf”

38 El acápite relativo al trámite de revisión ante la Corte Constitucional se toma en gran medida de la primera versión del proyecto sustanciado por la Magistrada Diana Fajardo Rivera. A este respecto, vale la pena recalcar que fue la Magistrada Fajardo quien en calidad de Magistrada sustanciadora, emitió los tres requerimientos probatorios que se enuncian en este apartado.

39Integrada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, bajo el criterio subjetivo de necesidad de materializar un enfoque diferencial.

40 El artículo 55, numeral 3, del Reglamento Interno de la Corporación establece: “Los asuntos seleccionados por la respectiva Sala, serán sorteados entre los Magistrados de la Corte de manera rotativa y por orden alfabético de apellidos, quienes integrarán para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión.”

41 Artículo 34.8 “…Si el proyecto principal no obtiene en la Sala ese mínimo de votos, el proceso pasará al magistrado que corresponda en orden alfabético de apellido entre el grupo de los magistrados mayoritario, para que redacte el nuevo proyecto o el fallo definitivo, en el que se exponga la tesis de la mayoría. El magistrado ponente original podrá conservar la ponencia cuando concurra con la mayoría en las decisiones principales del fallo.”

42 Expediente digital T8-8.107.503 “AUTO Cambio de ponente.pdf”.

43 Se solicitó el envío de información faltante al Juzgado 36 Administrativo de Bogotá y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre actuaciones del trámite de tutela que ahora se revisa, y al Juzgado 29 Administrativo de Bogotá sobre la existencia de un proceso de nulidad y restablecimiento adelantado por el accionante, al parecer para ese momento,

contra el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios.

44 La respuesta allegada por la Institución se efectuó a través de diferentes autoridades y, por tanto, memoriales, como a continuación se indica.

45 Oficio S-2021-008870/APROP-GRURE-1.10. Suscrito por el Jefe Grupo Retiros y Reintegros. “Informe Auto del 24 de febrero de 2021” fls 51 – 55.

46 Es de resaltar que en este aspecto la Policía Nacional dividió la tercera pregunta dirigida en el Auto del 24 de febrero de 2021 y, parte de ella, fue atendida por la Jefe Área Desarrollo Humano a través del Oficio No. S-2021-009065/ADEHU-GRUAS-1.10 del 3 de marzo de 2021.

47 A esa fecha acumulaba un total de 26 años y 25 días.

48 “Por lo expuesto se concluye que en el caso del retiro por Llamamiento a Calificar Servicios del señor Mayor (RP) WILIAM HERNANDO VIASÚS PÉREZ, tanto la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional y el Gobuierno Nacional, tuvieron como antecedentes los postulados claros y precisos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, han consolidado (…)”.

49 Memorial dirigido por la Jefe Área de Desarrollo Humano al Director de talento Humano de la Policía Nacional, en el marco de la información solicitada en el Auto del 24 de febrero de 2021. “Respuesta OPT-A-401-2021.Anexos Policía Nacional.pdf.”

50 Adujo que, según el artículo 24 del Decreto ley 1791 de 2000, las fechas de ascensos de oficiales se producen en los meses de junio y diciembre.

52 Como insumo de dicha Evaluación, se tuvo en cuenta que (i) durante su relación laboral, se iniciaron 2 investigaciones formales cerradas sin responsabilidad y 6 indagaciones preliminares cerradas sin responsabilidad. Desde su reintegro, fue sujeto de 4 investigaciones (por hechos del 17 de febrero de 2015, del 4 de noviembre de 2017, del 28 de diciembre de 2017 y del 6 de enero de 2018). De estas investigaciones, solo la que se adelantó por hechos del 17 de febrero de 2015 -REDIP-2015-32- siguió su curso, pero finalmente fue absuelto -investigación formal cerrada sin responsabilidad-. De otro lado, se advirtió que (ii) para la fecha de este estudio, el accionante se desempeñaba como Subcomandante Estación de Policía – Suba, con un total de 53 felicitaciones y 12

condecoraciones en su hoja de vida, y 26 años, 4 meses y 2 días de servicios.

53 S-2021/SEGEN-ASJUD1.5 suscrito por el Jefe del Área Jurídica, el cual, a su turno, aclara que esta información fue remitida por el Inspector General de la Policía Nacional "Informe Auto del 24 de febrero de 2021, Consecutivo 20" fls. 64 – 68.

54 Entre ellas, menciona las siguientes: (i) Política Integral de Transparencia de la Policía, (ii) Actuación policial frente al Respeto y Protección del Derecho a la igualdad y a la No Discriminación, (iii) Guía de orientación frente a casos de Violencia a Mujer, Familia y Género al interior de la Institución, entre otras.

55Expediente digital T8-8.107.503 "Informe Auto del 24 de febrero de 2021", fls. 38 – 45.

56 Esta información fue corroborada por el Juzgado 29 Administrativo de Bogotá, mediante memorial del 04 de marzo de 2021 allegado a este trámite. Indicó que el término de la contestación de la demanda vencía el 9 de marzo de 2021. Fls. 48 – 49.

57 Afirmó que ingresó al curso de ascenso para capitán el 15 de febrero de 2015, y que fue contactado por Caracol TV el 17 de los mismos mes y año.

58 Periodo comprendido entre el 19 de junio y el 29 de agosto.

59Expediente digital T8-8.107.503: "Respuesta OPT-A-399-2021. Petición especial"

60 Copia del Auto "Respuesta OPT-A-399-2021" fls. 3-4.

61 En el expediente obra un informe psicológico del accionante en el que se indica que este refiere padecer de falta de sueño, cansancio prolongado e inestabilidad emocional. Todo ello, derivado de los eventos en que ha recibido discriminación por su orientación sexual y que han concluido en altos niveles de estrés, angustia y preocupación. Informe psicológico del accionante. En documento digital "Respuesta OPT-A-399-2021. Informe psicológico"

62 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias T-068 de 2021 y T-038 de 2017.

63 El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé las causales de improcedencia de la acción de tutela así "[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La

existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”

64 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU – 237 de 2019.

65 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias T-328 de 2011; T-662 de 2013; T-066 de 2014; T-577 de 2015; T-030 de 2017; SU-075 de 2018; y T-314 de 2019.

66 Expediente digital T-8.002.876 “Tutela William Hernando Viasús.pdf.” Demanda de nulidad y restablecimiento. Documento anexo al escrito de tutela. Numeral 25 del acápite de hechos de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho.

67 Ibidem. Acápite de pretensiones.

68 Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 229 Procedencia de Medidas Cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.”

69 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2014

70 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-237 de 2019

71 Según el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, la acción resulta necesaria para evitar la materialización de un riesgo de perjuicio irremediable, que se caracteriza por ser: (i) cierto, en cuanto a la producción de una afectación, (ii) altamente probable en su concreción, (iii) inminente y, por tanto, requiera una pronta intervención del juez constitucional, con el fin de evitar la proximidad de consumación de un daño que el medio de defensa existente no es eficaz para impedir, y que, (iv) en consecuencia, exija la

impostergable actuación del juez de tutela.

72 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias T-331 de 2018 y T 040 de 2018.

73 Dado que inicialmente presenté una ponencia en calidad de Magistrada Ponente de la Sala Primera de Revisión que no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación, conforme al artículo 34 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional –Acuerdo 02 de 2015–, el expediente pasó inmediatamente al magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien seguía en orden alfabético, con el fin de que redactara un nuevo proyecto de fallo que recogiera la posición mayoritaria.

74 Ley 857 de 2003 "Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones".

75 Al respecto, ver entre otras Sentencias T-376 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-284 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

76 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

77 Al respecto, ver la Sentencia T-068 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo.

78 Sentencia SU-237 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido. SV. Cristina Pardo Schlesinger. SV. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

79 Ibidem.

80 Ibidem.

81 Sentencia T-314 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.