

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS Nº 1

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP337-2018

Radicación nº 95811

Acta 10

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación impetrada por NURIS MARÍA PEÑA CANABAL, agente oficioso de su hijo Andrés Felipe Elles Peña y Andrés Alejandro Osorio Carrillo, en calidad de Director de Sanidad de la Armada Nacional, contra el fallo proferido el 19 de octubre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, el cual amparó los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social del agenciado.

1. ANTECEDENTES

Fueron reseñados por el a quo así:

“Narró¹ la accionante en su demanda constitucional, que su hijo Andrés Felipe Elles Peña fue incorporado para prestar su servicio militar obligatorio como Infante de Marina Regular en la Armada Nacional y que, una vez superado el examen de reclutamiento, fue trasladado a la base de Coveñas en diciembre de 2014.

Así mismo señaló, que pasados ocho (8) días aproximadamente del traslado de su descendiente, recibió visita de miembros de la Infantería de Marina, quienes le indicaron que el joven Andrés Felipe había sido llevado al Hospital Naval de Cartagena, por un cuadro de psicosis aguda, circunstancia inesperada, habida cuenta que el conscripto no tenía antecedente de ningún tipo de enfermedad mental o psíquica.

Indicó además, que luego que su hijo permaneciera tres (3) meses interno, fue dado de alta bajo estricta supervisión médica y de sus familiares, por lo que debían mantenerlo en constante tratamiento. A pesar del paso del tiempo, no ha mostrado mejoría evidente, razón por la cual ha tenido que ser hospitalizado en repetidas ocasiones y durante largos periodos de tiempo.

Mencionó también, que en ocasión pretérita promovió acción de tutela contra la Armada Nacional, por cuanto la entidad se negó a prestarle los servicios médicos a Andrés Felipe, retirándolo del sistema. Fue por ello que, en providencia de 24 de marzo de 2015, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena decidió tutelar los derechos invocados, y en consecuencia, ordenó a la demandada reingreso inmediato al sistema de salud del agenciado, hasta tanto se resolviera su condición.

Por otro lado manifiesta, que ante la falta de mejora de su hijo, el 10 de mayo hogaño presentó escrito petitorio ante la accionada, solicitando que se resolviera la situación médica del paciente, para lo cual requirió la práctica de una Junta Medico – Laboral, tal como lo dispone la normatividad vigente.

Seguidamente la demandada, al momento de resolver lo peticionado, le informó que no era

viable, puesto que en fallo de tutela del 2015 tan solo se había ordenado el reintegro del joven Andrés Felipe al sistema de salud, y ello de suyo no conlleva en ningún momento a una interpretación que permita inferir que se ordenó la realización de una Junta Médica Laboral. Del mismo modo, arguyó la entidad en su libelo, que no era posible la práctica del referido procedimiento, habida consideración que el beneficiario nunca tuvo la calidad de infante de Marina, ni cumplió el término establecido que le otorgaría licenciamiento de la institución, “sino que se catalogó como aspirante de Marina REGULAR (A-IMAR) y fue desacuartelado en calidad de Conscripto”².

Finalmente, la señora Peña Canabal expuso, con base en un análisis integral de algunas disposiciones del decreto 1796 de 2000, que la representación asumida por la Armada Nacional para no atender sus requerimientos, era desproporcionada, dañosa y excluyente, dado que pretende aportar de su órbita de protección a los conscriptos, con lo que se procura eludir el cumplimiento de sus obligaciones como autoridad del Estado.

Con base en los anteriores hechos, la actora cree que la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales «al debido proceso, vida, integridad personal y dignidad humana de su hijo.»

Con fundamento en lo expuesto solicitó las siguientes pretensiones:

“En el respectivo libelo, la señora Nuris Peña Canabal solicitó³ la protección de los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, que se ordene a la Armada Nacional proveer los servicios médicos necesarios para la atención y tratamiento de las secuelas que han quedado en Andrés Felipe Elles Peña en razón de su patología, como las demás sesiones que hayan aparecido como efecto de la desatención médica a la que ha sido sujeto; así mismo, que se ordene a la entidad realizar los exámenes médicos de retiro y, consecuente con ello, convocar a la Junta Médico Laboral para que se resuelva definitivamente la situación de su hijo.”

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena amparó la petición de amparo, bajo los siguientes argumentos:

1. De acuerdo con la normatividad vigente la pérdida de la calificación laboral tiene dos regímenes: uno general reglamentado por el decreto 1352 de 2013 y otro de carácter especial consagrado en el decreto 1796 de 2000 destinado a los miembros de la Fuerza Pública, alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes a la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional.

Agregó, que de acuerdo con lo informado por las partes, el agenciado no ostentaba la calidad de miembro de la fuerza pública, ya que para la fecha en que su patología empezó a manifestarse, tan solo se encontraba realizando los exámenes para ingresar al servicio militar obligatorio, por tanto, según lo informó la demandada no alcanzó a ingresar a la institución y en consecuencia fue declarado no apto, por tanto, no se halla en la órbita para que se dé aplicación al artículo 1º del Decreto 1796 de 2000 «por lo que no tiene derecho a la convocatoria de una Junta Médico Laboral, para que se evalúe su estado de capacidad laboral.»

Sin embargo, atendiendo las particularidades del beneficiario, sí lo ubican en el régimen de calificación contemplado en el Decreto 1352 de 2013, ya que antes que fuera remitido a su lugar de incorporación éste no había presentado ningún signo relacionado con la patología que ahora lo aqueja, de acuerdo con lo reseñado en el concepto médico DISAN31, emitido por Sanidad Militar de la Armada Nacional, pues el cuadro inició en el año 2014, lo que se acompasa en la Epicrísis No. 11202 del 14 de marzo de 2015 y la 15306 del 25 de enero hogaño, en la cual se evidencia que la enfermedad ha evolucionado hasta «convertirse en un cuadro clínico con múltiples patologías, como Esquizofrenia indiferenciada, Trastorno

Psíquico agudo poliformo y Trastorno Esquizoafectivo de tipo Maníaco4»

Igualmente resulta inaceptable que “alguien que estuvo bajo la custodia de la fuerza pública, con el objeto de ingresar a la institución, para prestar el servicio militar obligatorio, se le interrumpa intempestivamente la prestación de un servicio médico, con fundamento en la terminación de la relación de sujeción, de tal forma que se impone a la entidad garantizar la asistencia a la persona que se encuentra en tratamiento físico o mental, inclusive con la realización de exámenes especializados para determinar el tipo de incapacidad que aqueja al paciente o al momento en que esta fue adquirida.”

En atención a lo expuesto, le amparó los derechos fundamentales invocados y le ordenó a la demandada que en un término de 5 días convoque una Junta Regional de Calificación para que evalúe el estado de su pérdida de capacidad laboral a Andrés Felipe Elles Peña.

3. DEL RECURSO INTERPUESTO

El Director Sanidad de la Armada Nacional impugnó el fallo y sustentó su inconformidad en las siguientes consideraciones:

1. Propuso la nulidad de lo actuado, toda vez que la orden constitucional es que se convoque a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, pues la Dirección de Sanidad sólo puede requerir a dicha Junta, pero la misma puede hacer caso omiso a tal requerimiento, por lo tanto, solicitó vincular a esta entidad.
2. Añadió que el agenciado nunca alcanzó el grado de Infante de Marina, por consiguiente, no se le realizan exámenes de retiro, además, esa Dirección no convoca la Junta Regional de Calificación de Invalidez, sino a la Junta Médico Laboral Militar de conformidad con el Decreto 1796 de 2000.
3. La demandante igualmente impugnó el fallo indicando que el agenciado estaba bajo la

responsabilidad de la Armada Nacional, por lo que considera que no es la condición de juramento de bandera la que crea la responsabilidad de la demandada, sino su situación de conscripto en el que se encontraba cuando adquirió las afecciones psíquicas, por lo tanto, es la misma institución castrense la que le debe garantizar el derecho a la salud y valorar la disminución de capacidad laboral, pues su hijo estaba de manera obligada en la institución militar, «incomunicado y recibiendo ordenes de mando superiores, los que seguramente produjeron la reacción psicológica negativa que hoy en día mantiene en condiciones de INDIGNIDAD no solo su salud, su INTEGRIDAD, sino además, SU VIDA, por lo que no es admisible la orden de amparo tal y como fue notificada.»

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o si pese a existir, se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el presente caso, se analizará la procedencia de la petición de amparo para la protección de los derechos fundamentales del accionante, quien se encontraba en proceso de exámenes para la incorporación a prestar el servicio militar como Infante de Marina en la Base de Coveñas y en dicho proceso a los 8 días fue internado de urgencia en el Hospital

Naval de Cartagena, permaneciendo allí durante tres meses, siendo diagnosticado con «trastorno esquizoafectivo», luego se produjo su desacuertelamiento, al ser considerado no apto.

En un caso similar esta Sala indicó:

“El problema jurídico a resolver en este caso concreto se contrae en determinar si el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional – Dirección de Sanidad Naval violentó las garantías fundamentales de la seguridad social, mínimo vital e igualdad del ciudadano JUAN PABLO ÁLVAREZ HURTADO, en atención a que en el mes de agosto de 2012 se inscribió ante las Autoridades de Reclutamiento con la vocación de definir su situación militar, proceso en el que permaneció -durante 38 días- en el Batallón de Infantería de Marina con sede en Coveñas (Sucre), al ser dado de baja por padecer afectaciones físicas incompatibles con dicho oficio, sin que a la fecha le hayan practicado el examen de retiro, así como la consecuente citación a la Junta Médica-Laboral Militar, en aras de determinar su pérdida de capacidad laboral.

Para resolver la situación litigiosa planteada, resulta apropiado abordar los siguientes tópicos: (i) los conscriptos y su diferencia con los infantes de marina regulares, (ii) la Junta Médica Laboral – Militar y a quienes aplica, y (iii) el caso concreto.

i. Los conscriptos y su diferencia con los infantes de marina regulares.

El proceso de incorporación de personal para prestar el servicio militar se rige de conformidad con lo preceptuado en la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 de 1993, para lo cual deben realizarse varios los exámenes de acuerdo con la exigencia legislativa que a continuación se indica:

ARTICULO 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.

ARTICULO 11. Duración servicio militar obligatorio. El servicio militar obligatorio bajo banderas tendrá una duración de doce (12) a veinticuatro (24) meses, según determine el Gobierno.

(...)

ARTICULO 14. Inscripción. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley.

(...)

ARTICULO 15. Exámenes de aptitud sicofísica. El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos.

ARTICULO 16. Primer examen. El primer examen de aptitud sicofísica será practicado por Oficiales de sanidad o profesionales especialistas al servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento. Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin.

ARTICULO 17. Segundo examen. Se cumplirá un segundo examen médico opcional por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito, el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar.

ARTICULO 18. Tercer examen. Entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.

(...)

ARTICULO 38. Al momento de ser incorporado. El conscripto llamado al servicio tiene derecho a que el Estado le reconozca los pasajes y viáticos para su traslado al lugar de incorporación, su sostenimiento durante el viaje y el regreso a su domicilio una vez licenciado. (Énfasis fuera de texto).

Con base en lo precedente, puede afirmarse que el objetivo de las valoraciones medicas descritas tienden a establecer que el aspirante a cumplir con la prestación del servicio militar obligatorio o conscripto se encuentra en condiciones de salud óptimas que le permitan contar con la aptitud sicofísica necesaria para ser efectivamente reclutados como Infantes de Marina Regulares, toda vez que el primer examen resulta insuficiente para establecer dichos parámetros.

En este sentido, una vez superados los aludidos 3 estudios clínicos y hasta antes del juramento a la bandera, el personal inscrito para definir su situación militar ostenta la calidad de candidato, al punto que después de ese suceso solemne, el cual se realiza al día 90 de estar inscrito y mediante acto administrativo, se le otorga el estatus de Infante de Marina Regular, puesto que a través de ese obrar la administración castrense emite su voluntad de incorporar al personal.

Con posterioridad a ese acontecimiento, es factible que el conscripto llamado al servicio

castrense exija sus derechos, prerrogativas y estímulos al Estado: reconocimiento de los pasajes y viáticos para su traslado al lugar de reclutamiento, sostenimiento durante el viaje y el regreso a su domicilio una vez licenciado, entre otros (artículos 38 a 40 de la Ley 48 de 1993 y canon 38 del Decreto 1796 de 2000), en atención a que alcanzó el estatus de Infante de Marina Regular al haber superado las 3 valoraciones en comentario.

ii. La Junta Médica Laboral – Militar y a quienes aplica.

El examen de retiro es un requisito legal que permite establecer capacidad psicofísica de los miembros de la fuerza pública, entendida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir el personal castrense, dicha capacidad será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1796 de 2000, en cuyo articulado encontramos el «Campo de aplicación», el cual indica:

ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACION. El presente decreto regula la evaluación de la capacidad sicofísica y la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la policía nacional.

(...)

ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y

eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

PARAGRAFO. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.

ARTICULO 4o. EXAMENES DE CAPACIDAD SICOFISICA. Los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán en los siguientes eventos:

1. Selección alumnos de escuelas de formación y su equivalente en la Policía Nacional.
2. Escalafonamiento
3. Ingreso personal civil y no uniformado
4. Reclutamiento
5. Incorporación
6. Comprobación
7. Ascenso personal uniformado
8. Aptitud sicofísica especial

9. Comisión al exterior

10. Retiro

11. Licenciamiento

12. Reintegro

13. Definición de la situación médico-laboral

14. Por orden de las autoridades médico-laborales. (Énfasis fuera de texto).

En este sentido, podemos deducir que la referida Junta Medico Laboral solo procede para: (i) miembros de la fuerza pública, (ii) alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la policía nacional, y (iii) personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En relación con el concepto «miembros de la fuerza pública», se entiende a los integrantes del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 216 Superior y en ese orden es necesario hacer la salvedad que los Aspirantes o Conscriptos no conforman las aludidas autoridades, puesto que no cuentan con la declaración de voluntad emitida por la administración miliciana a efectos de incorporarlos, debido a que aún están en la fase de selección (...)”5.

4. En el presente caso se tiene que ANDRÉS FELIPE ELLES PEÑA en diciembre de 2014 se presentó al proceso de incorporación al personal castrense al Batallón de Infantería de Marina de Coveñas (Sucre), a través del servicio militar obligatorio, a los 8 días fue internado en el Hospital Naval de Cartagena en donde permaneció hasta el 14 de marzo de 2015, es decir, estuvo en dicho centro médico durante 87 días, según aparece reportado en la Epicrisis No. 112026, luego se produjo el desacuartelamiento, al no ser apto para prestar

dicho servicio.

En ese orden de ideas, el actor no superó los 3 exámenes médicos que exige la Ley 48 de 1993, para poder jurar bandera, consecuentemente, otorgársele, mediante acto administrativo, el estatus de Infante de Marina Regular, en aras de acceder a las prerrogativas que ahora reclama por esta vía (práctica de examen de retiro y posterior valoración por la Junta Médica Laboral – Militar con el propósito de determinar su pérdida de capacidad laboral), de conformidad con los artículos 8 y 38 del Decreto 1796 de 2000, pues, no trascendió de su situación de conscripto, motivo por el cual constituiría una imprecisión jurídica brindar un tratamiento como integrante de la fuerza pública el cual no alcanzó.

Se reitera que lo alegado por el demandante solamente constituyó una mera expectativa, en atención a que tuvo la posibilidad adquirir los derechos deprecados pero no logró consolidarlos al ser dado de baja por padecer afectaciones psíquicas incompatibles con el servicio militar.

Por consiguiente, se revocará la sentencia recurrida por los motivos planteados, igualmente, la petición de amparo es improcedente aun como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el entendido que en modo alguno se acreditó de qué forma el mismo se configura en el presente caso de conformidad con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia, relacionados con la inminencia, urgencia y gravedad de los hechos (CC T-226/07).

Son las anteriores razones las que llevan a la Sala a revocar la sentencia impugnada.

* * * * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la

Ley,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo recurrido.

Segundo.- Notificar esta decisión en la forma prevista por el Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- Remitir el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 1-8

2 Folio 4

3 Ibídem

4 Folio 135 Cdno Tribunal

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 91530, 11 de mayo de
2017.

6 Folios 35 al 49 Cdno Tribunal.