

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS Nº 1

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

MAGISTRADO PONENTE

STP918-2018

Radicación nº 96182

Acta 17

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por JHONATAN ANDRÉS GÓMEZ HERRERA, respecto del fallo proferido el 16 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, por el cual tuteló el derecho fundamental de petición en contra de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional y denegó por improcedente la acción de tutela por los derechos al debido proceso administrativo e igualdad, incoados contra la misma institución, Dirección de Incorporación.

1. LA DEMANDA

Señaló el actor que en cumplimiento del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, se presentó de

forma voluntaria ante el Comando de Policía Metropolitana de la ciudad de Neiva- Huila para participar de la convocatoria No. 404-2016, la cual estaba dirigida a jóvenes que ostentaran el título académico de bachilleres, y que desearan resolver su situación militar.

Que una vez se agotó el proceso de selección, fue incorporado por la Policía Nacional, el día 1 de marzo de 2017 al Comando de Policía Metropolitana de la ciudad de Neiva- Huila, no obstante el 22 de mayo siguiente fue trasladado a la ciudad de Bogotá y asignado a la Estación de Policía de Santa Fe, E-3 (MEBOG), dependencia en la cual indica se le impone la prestación de turnos de centinela, en 3 turnos, inclusive noche, en vía pública, con fúsil y chaleco antibalas, en un área donde se pone en riesgo su vida e integridad física por la presencia de bandas criminales.

Precisó que el 21 de septiembre del año anterior, ante la Dirección General de la Policía solicitó el cambio de modalidad de prestación de servicio militar, de auxiliar de policía regular a bachiller teniendo en cuenta su formación académica y su traslado al Comando de Policía Metropolitana de Neiva, dado su domicilio y el de su familia, petición que no ha sido atendida.

Acorde con lo anterior acudió a la acción constitucional en procura de protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso administrativo, pues con el traslado efectuado y funciones asignadas no sólo se pone en riesgo su vida, sino que se le aleja de su núcleo familiar, al tiempo que se desconoce su condición de bachiller académico que obliga la asignación de deberes diferentes por un tiempo no superior a 12 meses.

Por consiguiente reclamó se ordene a la Dirección General de la Policía o quien haga sus veces, modificar la modalidad en que se encuentra incorporado al servicio militar, el cambio integral de condiciones y su traslado al Comando ubicado en la ciudad de Neiva.

2. EL FALLO IMPUGNADO

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva tuteló el derecho fundamental de petición del actor al advertir que la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, autoridad a la cual se trasladó petición radicada en el mes de septiembre de 2017, no había recibido respuesta.

En consecuencia ordenó a dicha dependencia que “se sirva en un plazo no mayor a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, responder de fondo y de manera congruente la respetuosa solicitud elevada el 21 de septiembre pasado por el señor Gómez Herrera.”

2. Por otra parte, denegó por improcedente la acción en cuanto a la protección de los derechos de igualdad y debido proceso administrativo, porque la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional despachó desfavorablemente su solicitud de cambio de modalidad, al encontrar que: (ii) dentro de la Policía Nacional no existe la diferenciación que propone (regular o bachiller), (ii) el tiempo de la prestación será de 12 meses; y (iii) que fue el peticionario quien de manera voluntaria e informada participó de la convocatoria (no de acuartelamiento), determinación en contra de la cual el interesado puede o pudo agotar la vía gubernativa, o controvertir lo decidido ante a la jurisdicción contenciosa administrativa.

3. LA IMPUGNACIÓN

El accionante no compartió el fallo adoptado pues no sólo no propugnó por la protección del derecho de petición sino el del debido proceso administrativo en punto a la negativa de la accionada de denegar el cambio de modalidad en la prestación del servicio militar obligatorio, de auxiliar de policía regular a bachiller, y con ello su traslado de la ciudad de Bogotá a Neiva y de funciones, acorde con su nivel de escolaridad.

Señaló que en el caso bajo análisis no es exigible el agotamiento de otros medios de defensa ordinarios, ya que durante el tiempo que le resta para cumplir con el servicio obligatorio -4 meses- las acciones administrativas procedentes no concluirían con decisión

de fondo.

Finalmente acotó que en atención al mandato judicial de primer grado, la Dirección de Talento Humano negó su petición de traslado al amparo de la Ley 1861 de 2017, por necesidades del servicio, en contravía del artículo 34 de la Ley 4 de 1991, aplicable por favorabilidad.

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 de Neiva.
2. El mecanismo de amparo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, consagra a favor de las personas la facultad de promover la acción de tutela con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión les 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, a no ser que utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.
3. En el caso bajo estudio, el problema jurídico radica en establecer si la Policía Nacional comprometió los derechos fundamentales de JHONATAN ANDRÉS GÓMEZ HERRERA, al haber negado el cambio de modalidad de auxiliar de policía a auxiliar de policía bachiller, en la prestación de su servicio militar obligatorio y lo que ello conlleva, a pesar de su nivel de escolaridad.
4. Al respecto, se tiene que el actor por petición del 21 de septiembre del año anterior solicitó dicha variación ante la Dirección General de la Policía Nacional, la cual fue resuelta negativamente mediante oficio del 22 siguiente S-2017-056067-DINCO suscrito por el Jefe

de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos DINCO, de la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional, por cuanto de acuerdo con los antecedentes del proceso de selección para incorporación realizado por el petente, convocatoria No. 404-2016 dirigida a jóvenes que ostentaran el título académico de bachiller y desearan resolver su situación militar, de 12 meses, su incorporación se dio de forma libre y voluntaria, consintiendo las condiciones de la prestación de servicio en la modalidad de auxiliar de policía; decisión en contra de la cual, procedían los recursos de ley, conforme le fue precisado en la misma comunicación.

Lo anterior supone, en principio, la improcedencia de la acción constitucional en tanto como lo anotó el a quo, el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial –vía gubernativa y acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa- sin embargo dado el tiempo de prestación del servicio militar que le resta al accionante, se hace necesaria la intervención del juez constitucional para mitigar la vulneración de derechos fundamentales.

5. Habilitado entonces el Juez constitucional para decidir el asunto, la Sala habrá de revocar el fallo impugnado y en su lugar concederá el amparo al debido proceso deprecado, para lo cual, en lo fundamental se remitirá a los considerandos expuestos en providencia STP22085-2017, radicado 95607.

5.1. Contexto normativo de la prestación de servicio militar obligatorio.

5.1.1. El artículo 216 de la Constitución señala que el servicio militar es una forma de responsabilidad social que se conserva entre la sociedad civil y el Estado, en el cual se consagra dicha figura como una obligación de todos los colombianos.

De acuerdo con la normatividad citada y la jurisprudencia constitucional (CC C-561-1995), puede afirmarse que si bien las personas tienen unos derechos en su calidad de ciudadanos, también se les impone por parte del Estado el cumplimiento de algunas obligaciones y deberes, como ocurre en relación con la prestación del servicio militar obligatorio (CC

T-294-2016).

Es así como el artículo 29 de la Ley 4ª de 1991 consagra el servicio militar obligatorio al interior de la Policía Nacional, de la siguiente manera:

Artículo 29.- Servicio Militar Obligatorio. Establece el servicio obligatorio para bachilleres en la Policía Nacional, como una modalidad de Servicio Militar, que se prestará en los cuerpos de policía local, bajo la dirección y mando de la Policía Nacional y con una duración de un (1) año.

La Ley 48 de 1993¹ y el Decreto 2048 del mismo año² determinaron el procedimiento que debe seguirse para efectos del reclutamiento e incorporación al servicio militar. El artículo 3º de la Ley 48 de 1993 establece:

Artículo 3º. Servicio militar obligatorio. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley.

Por su parte, el artículo 10º ibídem consagra la obligación expresa de todo varón colombiano de definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, en los siguientes términos:

Artículo 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.

En ese sentido se tiene que el proceso para definir la situación militar inicia dentro del año

anterior al cumplimiento de la mayoría de edad, con la inscripción, la práctica de los exámenes de aptitud psicofísica y la selección mediante sorteo, en caso de haber sido declarado apto. Si se trata de alumnos que cursen el último año de secundaria, independientemente de su edad, deberán registrarse durante el transcurso del año lectivo a través de su institución educativa en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército (CC T-288-2008, reiterado en CC T-294-2016).

5.1.2. Ahora bien, el ordenamiento jurídico ha establecido diferentes modalidades de prestación del servicio militar, consagrando las siguientes: (i) soldado regular, (ii) soldado bachiller (o auxiliar de policía bachiller), (iii) auxiliar de policía y (iv) soldado campesino. El artículo 13 ejusdem clasifica las modalidades en los siguientes términos:

Artículo 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

Respecto de los cuales, la jurisprudencia constitucional ha explicado que la diferencia entre los policías y soldados bachilleres, así como las demás modalidades de prestación del servicio militar obligatorio radica, por un lado, en haber concluido los estudios de bachillerato, lo cual se traduce en un grado de capacitación intelectual que presupone un mayor aporte a los niveles de productividad de la sociedad; y por otro, en que no se

encuentran preparados para afrontar el peligro en el aspecto militar, en razón a la configuración física del conscripto y el tiempo de servicio que se requiere (CC T-294-2016).

Así, en sentencia C-511-1994, la Corte Constitucional explicó al respecto lo siguiente:

Las diferentes modalidades establecidas para atender la obligación de prestar el servicio militar distinguen entre soldado regular (18 a 24 meses), soldado bachiller (12 meses), auxiliar de policía bachiller (12 meses) y soldado campesino (12 a 18 meses), de manera que el tratamiento se desarrolla en el término de duración de la prestación a partir de dos referencias materiales consideradas por la ley.

(...)

A nadie escapa el sentido de la distinción entre bachiller y no bachiller, pues, condiciones materiales bien marcadas distinguen por el grado de capacitación intelectual a los unos frente a los otros; grado que, es el resultado de un esfuerzo, en países como el nuestro, por mejorar los niveles de desempeño de las personas en los distintos campos de la cultura. Entonces, a juicio del legislador, imponer un plazo mayor de 12 meses a los bachilleres llamados a desempeñar labores y tareas en la vida social, en este conjunto normativo de la economía, no debe confundirse, con un trato privilegiado.

Tal solución no obedece al capricho ni a la injusticia, sino, también a la protección de otras manifestaciones de servicio, consideradas como deber en la Carta Política (artículo 95), a que están llamados quienes superando niveles de injusticia en el acceso a la educación, no pueden, según criterio del legislador, resultar exentos de la prestación del primordial servicio militar.

Esta es la razón para que, en los 12 meses, los soldados, “en especial los bachilleres” vean aumentadas sus responsabilidades en la prestación del servicio militar, además de las específicas de formación militar, con la asimilación de instrucción y la dedicación a la

realización de actividades de bienestar social a la comunidad y a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica (parágrafo 1º. artículo 13 de la ley).

(...) (Énfasis fuera de texto).

Es más, aparece que en Decreto 2853 de 1991, reglamentario de la Ley 4 de 1991, artículo 18, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 4 de 1991, las funciones a las cuales debe dedicarse un auxiliar de policía bachiller, se restringen a los denominados “servicios primarios de Policía”.

Ley 4 de 1991, Artículo 32. -Funciones. El gobierno reglamentará las funciones que este servicio debe cumplir, las cuales se limitarán a los servicios primarios de policía. Se entiende por servicios primarios de policía, aquéllos que se refieren a la protección de la tranquilidad, salubridad, moralidad, ecología y ornato público tales como: vigilancia en pesas y medidas, ocupación de vías públicas, ornatos, conservación del medio ambiente, mendicidad, protección de ancianos, menores, campañas preventivas contra el consumo de drogas y fundamentalmente la función educativa hacia la comunidad.

Decreto 2853 de 1991, Artículo 18. Funciones. Las funciones que el Cuerpo de auxiliares de Policía bachilleres debe cumplir, se limitarán a los servicios primarios de Policía, los cuales se refieren a la protección de la tranquilidad, salubridad, moralidad, ornato público y derechos colectivos y del medio ambiente, así:

1. Dar instrucción en los establecimientos educativos de su jurisdicción, sobre normas de convivencia social.
2. Vigilar la exactitud de las pesas y medidas en los establecimientos públicos de la jurisdicción.

3. Velar por el uso legal de las vías públicas.
4. Propender por la conservación de los parques y zonas verdes, orientando a la población, respecto del estado de limpieza y preservación en que se deben mantener.
5. Realizar labores en coordinación con la ciudadanía destinadas a conservar la naturaleza y a embellecer parques y avenidas.
6. Informar a las autoridades competentes sobre la situación en que se encuentren los menores, desvalidos, ancianos y mendigos.
7. Aprender a los delincuentes comunes en caso de flagrancia con apoyo de los agentes de policía, dejándolos a órdenes de la autoridad competente.
8. Colaborar en campañas de prevención de la drogadicción.
9. Participar en labores educativas encaminadas a conservar la salubridad y moralidad públicas.
10. Llamar la atención a las personas que estén alterando la tranquilidad pública.
11. Hacer cumplir las citaciones expedidas por las autoridades competentes.
12. Colaborar en la organización y control del tránsito en las vías.
13. Las demás que guarden armonía con los servicios primarios de policía, señalados en la Ley 4ª de 1991.

En ese sentido, se observa que los bachilleres cuando prestan el servicio militar obligatorio gozan de unas condiciones diferenciadas atinentes al tiempo y funciones a desempeñar como fórmula de protección que consulte con su nivel de educación, lo cual les permite

desempeñar labores asimilables a su grado de instrucción. Por esta razón, quienes no cuenten con el diploma de bachiller académico serán incorporados como auxiliares regulares y, por ende, el periodo de prestación del servicio oscilará entre 18 y 24 meses, aunado a que las condiciones de prestación del mismo serán diferentes a las comprendidas en las otras modalidades (CC T-294-2016).

5.2. El debido proceso en los trámites de reclutamiento e incorporación al servicio militar.

El derecho fundamental al debido proceso nació de la mano de las actuaciones judiciales. No obstante, con su consagración en el artículo 29 de la Carta Política se hizo extensiva su aplicación a toda clase de procedimientos, judiciales y administrativos.

Es por esto que la jurisprudencia constitucional se ha referido a esta garantía precisando que una de sus principales prerrogativas consiste en la oportunidad que se reconoce a toda persona al interior de cualquier trámite de ser escuchada para argumentar y controvertir los planteamientos de terceros (CC T-774-2013, reiterado en CC T-294-2016) y por lo tanto, en las actuaciones administrativas, las autoridades militares se encuentran en la obligación de observar el respeto por el debido proceso, en aras de evitar la configuración de arbitrariedades que puedan atentar contra los derechos fundamentales de la población civil y de quienes forman parte de la institución (CC T-039-2014, reiterado en CC T-294-2016).

En ese orden de ideas y tratándose de incorporación de personal civil al servicio militar obligatorio, la Corte Constitucional en varias oportunidades ha protegido los derechos fundamentales, en particular al debido proceso, de jóvenes que a quienes se ha reclutado como soldados regulares o auxiliares de policía, a pesar de contar con el requisito de ser bachilleres y por lo mismo, omitir su inicial obligación de tenerlos como tal y dar el trato diferenciado al cual se hizo mención en el acápite anterior, así se pronunció en sentencia T-976-2012:

Conforme a lo anteriormente expuesto y atendiendo al análisis de la conducta desplegada

por la entidad demandada, esta Sala de Revisión, advierte que se ha producido la vulneración del derecho al debido proceso administrativo del joven [...], toda vez que la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército y la Comandancia del Batallón de Infantería de Selva No.35 Héroes de Güepi de las Fuerzas Militares de Colombia, decidieron incorporarlo al contingente de soldados regulares, cuyo servicio militar se presta en un periodo que oscila entre 18 y 24 meses, cuando éste, al acreditar el título de bachiller académico, tuvo que ser reclutado en la modalidad correspondiente a su nivel de formación académica, de acuerdo con el cual, tendría que atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio, sólo durante 12 meses y dedicado a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad, en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica en la ciudad de Bogotá.

En efecto, si bien es cierto que la entidad accionada menciona que al momento de la inscripción, para definir su situación militar, [el joven] firmó tanto el “Acta de Compromiso Prestación Servicio Militar como Soldado” y “Freno Extralegal para Personal Aspirante”, la firma de tales documentos no fue producto del consentimiento informado espontáneo y libre. Por el contrario, según lo expresó el actor, se obtuvo mediante engaño, pues no se trata de hacer firmar unos documentos para hacer salvar responsabilidades de tipo moral, ético o jurídico, sino que, como se explicó en las consideraciones de esta sentencia, debe consistir en un proceso de información amplio y detallado, producto de una comunicación asertiva entre las partes involucradas en el que las decisiones que se tomen convengan a cada uno de los actores que participan.

Así las cosas, hay evidencia de que no se informó ampliamente al joven bachiller de sus derechos como soldado bachiller y por el contrario su ingreso como soldado regular fue producto de un trámite que no estuvo revestido de las garantías propias del debido proceso. (Énfasis fuera del texto original).

Lo anterior bajo el entendido que son las autoridades militares o policiales, como en este

caso, quienes inicialmente están en la obligación de respetar tal condición y verificar que el joven que ingrese a sus filas, sea consciente de forma plena de las condiciones en las cuales va a prestar su servicio militar obligatorio, al punto que no basta con una información somera sobre aquéllas sino una explicación amplia y detallada que le permita comprender las consecuencias de su incorporación.

5.3. El consentimiento informado en los procesos de reclutamiento e incorporación al servicio militar.

Como se indicó previamente, son varias las modalidades en las que se permite cumplir con el servicio militar obligatorio en Colombia, clasificación que obedece a patrones como la ubicación geográfica, el nivel educativo de los aspirantes, el cual distingue entre quienes hayan finalizado o no su educación media o de bachillerato, y la situación sociocultural en la que se encuentra la persona que va a cumplir con el requisito⁴.

Cada categoría comprende derechos, beneficios, riesgos y obligaciones específicas inherentes a cada una de ellas. Por esta razón, aun cuando el solicitante escoja incorporarse en una diferente a la que correspondería, y entregue su consentimiento, este no tendrá validez, si no fue informado plena e integralmente sobre las condiciones específicas y sus implicaciones⁵.

Al respecto esta Corte Constitucional, en pronunciamiento CC T-976-20126, puntualizó lo siguiente:

En tal sentido, el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para informar claramente a los jóvenes que voluntariamente deseen optar por alguna de las modalidades que la ley brinda cuáles son los derechos y deberes que les asisten, así como los peligros de una u otra alternativa. Esta información debe ser el producto de un espacio de inter-comunicación, inter-relación e inter-acción entre los actores involucrados en el que se genere un ambiente de confianza,

respeto y compromiso para elegir lo que más le convenga al joven y le permitan tomar decisiones con plena conciencia y consentimiento sobre las cuestiones que afectan su vida y desarrollo personal.

Se enfatiza además que no es suficiente que el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, al momento de lograr el consentimiento informado, brinden datos de manera mecánica, procedimental o simplemente haga llenar un formato, sino que deben evaluar el grado de percepción y comprensión del joven aspirante que recibe la información, y ello sólo es posible mediante una conversación abierta, sincera, con datos claros y precisos entre los sujetos participantes que minimice las barreras de la comunicación que puedan surgir en algunos casos por las diferencias en los niveles educativo, cultural, socioeconómico y condiciones de vida. (Énfasis fuera de texto).

De este modo, si el solicitante que debe ser inscrito como soldado bachiller consiente en ser admitido en otra categoría con un grado de peligrosidad superior, las mismas autoridades deben evaluar si cuenta con las aptitudes físicas y psicológicas que se requieren para ingresar en dicha modalidad, y de ser necesario adoptar las medidas correspondientes para encaminar el consentimiento libre y espontáneo en procura de sus derechos (CC T-976-2012, reiterado en CC T-294-2016).

De allí la importancia de que el consentimiento del aspirante se presente libre de presión, espontáneo, sin engaños, amenazas ni apremios, so pena de vulnerar disposiciones legales y con ello derechos de rango supralegal (CC T-976-2012, reiterado en CC T-294-2016), y no se limite a la suscripción de un formato de consentimiento informado puesto a consideración del involucrado, pues se requiere la comunicación e interacción directa con quienes se presentan a las convocatorias para prestar el servicio militar, de manera que pueda verificarse que comprenden la información que se les entrega. En relación con esto, en la sentencia T-587-2013, reiterada en T-294-2016, indicó:

El consentimiento informado, en sede de las actuaciones de las Fuerzas Militares, implica que estas deben crear un espacio de diálogo e interacción con los jóvenes incorporados a filas o que se encuentran en dicho proceso, con el fin de que cualquier manifestación de voluntad que hagan ante las autoridades militares sea el reflejo de una decisión informada, esto es, con pleno conocimiento de las implicaciones que puede traerles dicha decisión para su vida tanto personal como profesional. En este orden de ideas, son las autoridades militares las encargadas de brindar toda la información requerida por los jóvenes para que sus decisiones relativas a la prestación del servicio sean libres e informadas. (Subrayas fuera de texto).

Conforme con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el consentimiento informado no consiste únicamente en la entrega de folletos informativos y formatos contentivos de datos que, en algunas ocasiones, los aspirantes a prestar el servicio militar pueden no comprender (CC T-587-2013, reiterado en CC T-294-2016), criterio que es compartido por la Corte Suprema de Justicia, de modo que las autoridades y funcionarios encargados de adelantar los procedimientos de incorporación deben verificar que los solicitantes comprendan verdaderamente las implicaciones de cumplir con dicho requisito y las diferencias de ingresar en una u otra categoría, con mayor o menor grado de peligrosidad, toda vez que de no evidenciarse un consentimiento en tal sentido las incorporaciones en categorías diferentes a las correspondientes no serán válidas, y será procedente la modificación de la modalidad en que ingresó el aspirante, so pena de vulnerar los derechos al debido proceso y a la igualdad del aspirante⁷.

6. En el caso bajo estudio, se sabe que JHONATAN ANDRÉS GÓMEZ HERRERA fue incorporado para prestar el servicio militar en calidad de auxiliar de la Policía Nacional, dentro de la convocatoria 404-2016, dirigida a personas con título de bachiller, con un tiempo de vinculación de 12 meses, y que suscribió el formato de “compromiso servicio militar” según el cual, dice la autoridad accionada, el joven consentía la modalidad de reclutamiento –documento que no fue aportado a la actuación-.

Sin embargo no se cuenta con evidencia alguna que demuestre que el actor, antes de suscribirlo, fue consciente de las implicaciones que acarrearía la incorporación a la Policía Nacional como auxiliar de policía no obstante cumpliera con las condiciones para ser auxiliar de policía bachiller, en particular, y que bajo tal calidad no sólo podía ser objeto de traslado de su ciudad de domicilio sino ejercer funciones diferentes a los servicios primarios de policía, como actualmente lo hace en la ciudad de Bogotá, ejecutando labores de centinela con manejo de armas.

Por el contrario, aparece que para el demandante fue sorpresivo su traslado al Comando de Policía Metropolitana de Bogotá y las funciones que se le atribuyeron, a tal punto que lo motivó a pretender la modificación de la modalidad de prestación del servicio ante la Institución Policial pues no estaba conforme con el grado de peligrosidad al cual se le estaba sometiendo.

Luego no se puede afirmar que el demandante conocía plenamente las consecuencias propias de ser auxiliar de policía, que en el caso no sólo se circunscribían al tiempo de prestación del servicio pues de acuerdo con la convocatoria inscrita era de 12 meses, sino a la posibilidad de desarrollar funciones diferentes a las señaladas en la normatividad aplicable para el momento de su incorporación y de ser trasladado por necesidades del servicio lejos de su domicilio, y por lo mismo que, válidamente, luego de una comunicación directa e interactiva mediante la cual se resolvieran todas sus inquietudes y se percatara su comprensión total de lo informado, éste renunció a las condiciones que por su grado de escolaridad obligaban inicialmente a ser vinculado como auxiliar de policía bachiller.

En ese orden, si de manera reflexiva el actor no se sometió a la convocatoria inscrita, la vinculación a la institución como auxiliar de policía no puede ser avalada, ya que esa omisión en la asesoría y comprobación adecuada del consentimiento, trasgrede el derecho fundamental de GÓMEZ HERRERA al debido proceso.

7. También interesa señalar que si la Policía Nacional no previó en la prestación del servicio militar obligatorio la modalidad de bachiller en la convocatoria 404-2016, esta es una situación que el demandante no tiene porqué soportar, máxime si reúne los requisitos legales para ostentar tal condición.

8. En conclusión, dado que al accionante no se le informó en debida forma las consecuencias en punto de la vinculación a la institución militar como auxiliar de policía, surge diáfana la vulneración del derecho al debido proceso y por lo tanto necesaria se hace la intervención del juez de tutela para su pronto restablecimiento.

Corolario de ello se revocará el fallo impugnado y se tutelaré el derecho fundamental al debido proceso del libelista, razón por la cual se ordenará a la Dirección Nacional de Incorporación de la Policía Nacional, o quien haga sus veces, que en el plazo máximo de 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a realizar las correcciones necesarias en el proceso de incorporación de JHONATAN ANDRÉS GÓMEZ HERRERA, con el fin de que se le otorgue la condición de auxiliar de policía bachiller de la Policía Nacional, junto con las prerrogativas que ello implica, en particular su traslado a la ciudad de Neiva, su posterior desacuartelamiento cuando cumpla el tiempo establecido en esta última categoría y la expedición de la respectiva libreta militar, de conformidad con las normas pertinentes (CC T-976-2012).

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo impugnado, y en su lugar tutelar el derecho al debido proceso de JHONATAN ANDRÉS GÓMEZ HERRERA.

Segundo.- ORDENAR al Director Nacional de Incorporación de la Policía Nacional, o quien haga sus veces, que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a adelantar las respectivas actuaciones administrativas a fin de que se modifique la modalidad en que fue incorporado el joven JHONATAN ANDRÉS GÓMEZ HERRERA al servicio militar, esto es, a auxiliar de policía bachiller, así como su traslado a la ciudad de Neiva, su posterior desacuartelamiento cuando cumpla el tiempo establecido en esta última categoría y la expedición de la respectiva libreta militar, de conformidad con la normatividad pertinente.

Tercero.-NOTIFICAR esta decisión de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- REMITIR el diligenciamiento 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 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”.

2 “Por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1993 sobre el servicio de reclutamiento y movilización”.

3 “por el cual se reglamenta el Capítulo IX de la Ley 4a. de 1991 sobre el Servicio Militar Obligatorio para bachilleres en la Policía Nacional”.

4 CC T-294-2016.

5 Ibídem.

6 El caso se trató de un aspirante a prestar el servicio militar que renunció a los beneficios y prerrogativas de ser soldado bachiller, al aceptar ser incorporado en calidad de soldado regular, mediante la firma del Acta de Compromiso Prestación Servicio Militar como Soldado y Freno Extralegal para Personal Aspirante. Sin embargo, la Corte Constitucional aclaró que esta posibilidad era válida siempre que estuviera precedida de un consentimiento informado.

7 Ídem.