C-339-98

Sentencia C-339/98

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

SERVICIO MILITAR POR MENOR DE EDAD-Prohibición de participación en conflictos armados

Los menores de edad, mayores de quince años y menores de dieciocho, pueden ser incorporados a prestar el servicio militar, pero no pueden destinarse a actividades relacionadas con los conflictos armados, tampoco pueden participar directamente en las hostilidades, ni ser expuestos a situaciones de peligro que atente contra sus vidas, pues la Constitución ordena su protección en todo momento y lugar, con carácter prevalente. Por tanto, las Fuerzas Armadas deben evitar el reclutamiento de tales menores y preferir siempre el alistamiento de los de mayor edad.

MANDATO POR LA PAZ-No cumple exigencias que regulan el Referendo

El Referendo "Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente. El Referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local". El Mandato por la Paz, no contiene una norma jurídica nueva, ni deroga una norma vigente. Además, no cumple con ninguna de las exigencias constitucionales y legales que regulan el Referendo.

MANDATO POR LA PAZ-No cumple exigencias que regulan el plebiscito

Por medio del plebiscito el Presidente de la República solicita al pueblo, previo concepto favorable del Senado y la firma de todos los ministros, que emita su opinión en favor o en contra de una determinada decisión del Gobierno. La determinación que adopte el pueblo es de carácter obligatorio. El Mandato por la Paz no fue convocado por el Presidente de la República, no cumplió las exigencias estatuídas para ello y su finalidad no se dirigía a apoyar o rechazar una decisión gubernamental.

MANDATO POR LA PAZ-No cumple exigencias que regulan la consulta popular

La Consulta Popular se encuentra regulada en el artículo 104 de la Constitución: "El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección." En el Mandato por la Paz, el Presidente de la República no convocó al pueblo para que respondiera una pregunta sobre un asunto determinado de interés nacional, ni se cumplieron las exigencias establecidas en los preceptos constitucionales y legales mencionados, para esta clase de actos.

MANDATO POR LA PAZ-No cumple exigencias que regulan el Cabildo Abierto

El Cabildo Abierto "Es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las

juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad." El Mandato por la Paz no contiene una invitación para debatir en las corporaciones citadas asuntos de interés para la comunidad.

MANDATO POR LA PAZ-No cumple exigencias que regulan la Asamblea Constituyente

La Asamblea Constituyente se encuentra regulada en el artículo 376 de la Constitución, así: "Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca a una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine." El Mandato tampoco contiene una convocación para conformar una Asamblea Constituyente encargada de reformar la Constitución.

MANDATO POR LA PAZ-No es Acto Legislativo

El Acto Legislativo debe ser tramitado "en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara." El Mandato por la Paz, como claramente se advierte, no es un Acto Legislativo pues éste debe ser expedido por el Congreso de la República previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución.

MANDATO POR LA PAZ-Finalidad/MANDATO POR LA PAZ-Naturaleza

El Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, es una exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que conformen su acción y su conducta a los principios políticos consignados en el Preámbulo y muy específicamente a la directriz contenida en el artículo 22, que prescribe: "La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento." Tal deseo, respaldado por una votación tan significativa, tiene un indudable valor político y un fuerte contenido moral, y debe obrar a modo de pauta orientadora de la actividad legislativa, gubernativa y judicial, lo mismo que de propósitos y metas de los ciudadanos, pero no es posible, constitucionalmente, erigirlo en parámetros obligados para confrontar con ellos el contenido de las leyes, mucho menos si éstas son anteriores a él y han sido ya objeto de análisis y de pronunciamiento de constitucionalidad por parte de la Corte. Considera la Corporación que no le asiste razón a la demandante, pues el Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, por las razones que se dejan expuestas, no es una norma jurídica y, mucho menos, puede considerarse como un acto reformatorio de la Constitución.

Referencia: Expediente D-1927

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10, el parágrafo 1° del artículo 14 y el parágrafo del artículo 20 de la Ley 48 de 1993.

Demandante: María Teresa Garcés Lloreda

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

1. ANTECEDENTES.

Ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana María Teresa Garcés Lloreda presenta demanda contra el artículo 10, el parágrafo 1° del artículo 14 y el parágrafo del artículo 20 de la Ley 48 de 1993, por considerar que dichas normas infringen los artículos 44 y 98 de la Constitución y violan además, el Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, aprobado por el voto de más de 10 millones de ciudadanos.

El Magistrado ponente en auto del 11 de diciembre de 1997, rechazó la demanda dirigida contra el artículo 10 y el parágrafo 1o. del artículo 14 del ordenamiento citado, por existir cosa juzgada constitucional. En consecuencia, solamente se admitió la acusación contra el aparte del parágrafo del artículo 20.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

2. NORMA ACUSADA

Seguidamente se transcribe el texto completo del artículo 20, resaltando la fracción que es objeto de demanda.

“Ley 48 de 1993

“Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilizaciòn”

(…)

“Artículo 20. Concentración e Incorporación. Cumplidos los requisitos de ley, los conscriptos elegidos se citan en el lugar, fecha y hora determinados por las autoridades de Reclutamiento, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar.

Parágrafo. La incorporación se podrá efectuar a partir de la mayoría de edad del conscripto hasta cuando cumpla 28 años, salvo las excepciones establecidas en la presente ley para los bachilleres.”

3. RAZONES DE LA DEMANDA

Dado que la accionante hizo una exposición global sobre las normas acusadas, al rechazarse la demanda contra los artículos 10 y 14 de la ley 48 de 1993, el aparte del parágrafo 20 de la misma ley quedaría sin sustentación. Sin embargo, la Corte procede a resumir los cargos tal como los presentó la demandante.

a. “Siendo los dieciocho (18) años la edad a partir de la cual una persona se considera adulto

y, por tanto, ciudadano (parágrafo del artículo 98 C.P.), con derechos de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y en particular, de elegir y ser elegido, acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40), es a partir de esta edad que el Estado puede, a través de sus fuerzas militares, exigirle el servicio militar obligatorio o admitirla en sus filas si quisiera hacerlo voluntariamente." Cualquier ley que establezca una disposición en contrario desconoce derechos fundamentales que la Constitución Nacional y varios tratados internacionales ratificados por Colombia reconocen y garantizan a los niños, esto es, a los menores de 18 años para efectos de nuestro régimen jurídico.

b. Las normas acusadas "al permitir que algunos niños, los bachilleres, puedan ser reclutados, violan los derechos mencionados, pues es sabio que en nuestro medio todo el que porte un uniforme se convierte en objetivo de los violentos; además, el reclutamiento interrumpe el proceso de educación de los niños, pone en peligro su vida y su salud, los separa de su familia, y al colocarlos en contacto con la violencia, les crea problemas psico-afectivos y culturales. Además, es un obstáculo al libre desarrollo de su personalidad. De otra parte, estas normas, al exceptuar a los bachilleres de la norma general que obliga a los mayores de dieciocho (18) años a definir su situación militar, crea una situación de desigualdad que atenta contra el principio contenido en el artículo 13 de la Carta."

b. Igualmente, señala que normas como las acusadas violan la expresión soberana contenida en el Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, aprobado por un número aproximado de diez millones de personas, en el que se "prohibe expresamente la vinculación de los niños al conflicto armado" y el reclutamiento de menores de 18 años, para prestar el servicio militar, ya sea en forma voluntaria u obligatoria. Dicho Mandato tuvo su origen en la gran preocupación que tienen los colombianos "por la situación de violencia crónica que se vive en el país, la cual es cada día más compleja y tiene sumidos a los habitantes del territorio nacional en un peligroso excepticismo sobre el futuro de las nuevas generaciones". En esa manifestación popular se pidió que los actores armados busquen soluciones negociadas al conflicto, y que mientras éste subsista, se cumplan las normas tendientes a la humanización de la guerra, las cuales son vinculantes internacionalmente para Colombia y en ellos se establece la no incorporación de menores de edad a la misma.

4. INTERVENCIONES

I. La ciudadana Almabeatríz Rengifo López, Ministra de Justicia y del Derecho intervino a través de apoderado, para solicitar que se declare la exequibilidad de la norma acusada con fundamento en las siguientes consideraciones:

a. La prestación del servicio militar es un deber al a que están llamados todos los colombianos y que encuentra sustento en los artículos 2, 95 numeral 3, 216 y 217 de la Constitución Política. Así, "los nacionales estamos obligados a colaborar con el sostenimiento de las instituciones del Estado, con el objeto de dar cumplimiento a los cometidos que el persigue como defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica." De acuerdo con lo anterior "en el evento en el cual el bachiller defina su situación militar antes de cumplir la mayoría de edad no atenta per se contra ninguno de los preceptos establecidos en la Carta Política."

b. Por otro lado, los supuestos consagrados en los artículos demandados de la Ley 48 de

1993, deben ahora interpretarse por unidad de materia en concordancia con la disposición de la Ley 418 de 1997, en virtud de la cual se establece en forma clara cómo será en adelante la incorporación al servicio militar para los bachilleres, “que en los términos establecidos no puede ser antes del cumplimiento de la mayorìa de edad, salvo que voluntariamente ellos así lo deseen. En este último evento desarrollarán tareas de carácter administrativo, social y de apoyo y no labores relacionadas con operaciones de guerra o confrontaciones armadas.”

II. El ciudadano Gilberto Echeverry Mejía, Ministro de Defensa Nacional intervino a través de apoderado, para solicitar que se declare inhibida para resolver de fondo los apartes demandados, o en su defecto, se pronuncie a favor de la constitucionalidad de la norma demandada, por las razones que se resumen así:

a. Los apartes demandados se encuentran tácitamente derogados por el artículo 13 de la Ley 418 de 1997.

b. Los artículos 10 y 14 de la Ley 48 de 1993 fueron declarados exequibles mediante sentencia C-511 de 1994. Por tanto, se solicita a la H. Corte proceder a declarar la cosa juzgada constitucional.

c. “El artículo 98 de la Constitución Política se refiere a la edad para acceder a la mayoría de edad y no puede aplicarse a la obligación de prestar el servicio militar, pues esta potestad está en cabeza del legislador (art. 216 Inc. 2º C.P.).

5. CONCEPTO DEL PROCURADOR

Para el Procurador General de la Nación, el aparte demandado del artículo 20 de la Ley 48 de 1993, es exequible, por las siguientes razones:

a. Las expresiones impugnadas fueron derogadas por el artículo 13 y 131 de la Ley 418 de 1997, al disponer que se aplaza la incorporación a las filas de los estudiantes de undécimo grado, menores de edad, hasta que se cumplan los 18 años para prestar el servicio militar, a menos que voluntariamente y con la autorización de sus padres decidan cumplir con este deber constitucional.

b. “Podría pensarse que la norma parcialmente demandada fue excluìda del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, no existiría mérito para un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, el precepto continúa produciendo efectos, pues existen bachilleres menores de edad que actualmente están prestando el servicio militar, quienes integraron contingentes antes de que entrara en vigencia la Ley 418 de 1997.” Es procedente entonces, que la Corte Constitucional profiera fallo de mérito sobre la exequibilidad de la norma parcialmente demandada. Estas son las razones que respaldan la anterior pretensión:

* “La incorporación de menores bachilleres a la Fuerza Pública no desconoce los mandatos de la Carta Política, ya que el servicio militar es un deber impuesto por la propia Norma Superior. El legislador ha regulado esta obligaciòn para los bachilleres, aplicando criterios protectores de su integridad síquica y física, de forma tal que una vez instruidos en teoría y práctica militar deben destinarse a la realización de actividades de bienestar social a la

comunidad y en especial a las tareas de preservación del medio ambiente y conservación ecológica (Ley 48 de 1993, art. 13).

* La incorporaciòn de menores bachilleres al servicio militar no afecta sus derechos fundamentales, pues en ningún caso serán enviados a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra, ni empleados en acciones de confrontación armada, ya que únicamente desempeñarán tareas de carácter administrativo, comunitario o ecológico.

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1 Competencia

La Corte es competente para conocer del proceso de la referencia de acuerdo con lo estipulado en el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

6.2 Cosa juzgada constitucional

Ha sido prolija la jurisprudencia de la Corte en torno al principio de la cosa juzgada constitucional, que significa "no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno".1 Sino también la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexequibles por razones de fondo, o por el contrario, la autorizaciòn para aplicarlas cuando las encuentre consonantes con la Carta Política; mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales frente a los cuales se hizo el cotejo.

Se intenta construir de este modo, un marco interpretativo que permita concordar el contenido de las leyes que expide el Congreso con los preceptos constitucionales existentes y, que por otro lado, oriente la conducta de la administración al momento de aplicarlas garantizando los derechos que la Constitución reconoce a todos los miembros de la comunidad.

En este orden de ideas la cosa juzgada constitucional "ampara las sentencias proferidas por la Corporación, otorgándoles un carácter definitivo que impide plantear nuevas controversias sobre lo decidido." 2 Esa imposibilidad de revivir lo ya resuelto explica el rechazo de las demandas presentadas en contra de disposiciones que han sido objeto del control de constitucionalidad, "situación que se torna más evidente cuando la respectiva providencia no llama la atención acerca de la existencia de elementos importantes que, por no haber sido tenidos en cuenta, abran la posibilidad de efectuar un nuevo examen."3

Como consta en el expediente, mediante auto del 11 de diciembre de 1997 el Magistrado Ponente rechazó la demanda presentada contra los artículos 10 y 14 de la Ley 48 de 1993, pues frente a tales disposiciones ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Se trata de disposiciones que esta Corporación declaró exequibles en la sentencia C-511 de 1994.4

Ante esta circunstancia la Corte, como ya se expresó, únicamente emitirá pronunciamiento

sobre el aparte acusado del articulo 20 de la ley 48 de 1993.

6.3 Vigencia de la norma demandada

Como se afirma en algunas de las intervenciones reseñadas, con la expediciòn de la Ley 418 de 1997 “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, se adicionaron en ciertos casos y se derogaron de manera tácita en otros, algunas disposiciones de la Ley 48 de 1993 relativa a la organización del servicio de reclutamiento y movilización en nuestro país.

Sin embargo, advierte la Corte que la ley primeramente citada tiene una vigencia transitoria, según se lee en el artículo 131, la cual es de dos (2) años contados a partir de su promulgación, hecho que tuvo ocurrencia el 26 de diciembre de 1997, con su inserción en el Diario Oficial No. 43.201. Quiere esto significar que las normas de la ley 48 de 1993 que sean incompatibles o contrarias a las contenidas en aquélla quedan suspendidas hasta tanto transcurra el término antes señalado, salvo que se expida otra ley que las modifique, adicione o revoque.

“Artículo 13. Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad, excepto que voluntariamente y con la autorización expresa y escrita de sus padres, opten por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional. En este último caso, los menores reclutados no podrán ser destinados a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra ni empleados en acciones de confrontación armada.

Si al acceder a la mayoría de edad el joven que hubiere aplazado su servicio militar estuviere matriculado en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. Si optare por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones; si optare por el aplazamiento, el título correspondiente sólo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar que la ley ordena. La Interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar.

La autoridad civil o militar que desconozca la presente disposición incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución.” (Subrayas fuera del texto)

Otro argumento que se puede esgrimir en favor del pronunciamiento de la Corte sobre la norma acusada es la existencia de casos en los que el antiguo régimen continúa teniendo plena vigencia, toda vez que la nueva regulación comenzó a regir a partir del 26 de diciembre de 1997 y, por tanto, bajo el imperio de las antiguas reglas se conformaron contigentes en los que se encuentran actualmente bachilleres menores de edad prestando el

servicio militar.

En este orden de ideas, corresponde determinar a la Corte Constitucional si la fracción demandada del parágrafo del artículo 20 de la Ley 48 de 1993 vulnera o no la Carta Política.

6.4 El aparte demandado del parágrafo del artículo 20 de la Ley 48 de 1993

El parágrafo precitado prescribe que la incorporación a filas para la prestación del servicio militar se puede efectuar a partir de la mayoría de edad del concscripto hasta cuando cumpla 28 años, "salvo las excepciones establecidas en la presente ley para los bachilleres", siendo este último aparte el acusado, el cual conforma unidad normativa con los artículos 10 y 14 de la misma ley, los cuales fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-511 de 1994,5 razón por la que se rechazó la demanda contra ellos. En dichos preceptos se consagra la obligación de todo varón colombiano de definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla la mayoría de edad "a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller"(art. 10). Igualmente, se establece que los alumnos de último año de estudios secundarios, "sin importar la edad", deberán inscribirse durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la dirección de reclutamiento y Control de Reservas del Ejército (art. 14). En consecuencia, los argumentos que expuso la Corte en esa oportunidad serán los que fundamenten la constitucionalidad de lo hoy demandado. No sin antes anotar que el Magistrado ponente respeta y acata tal jurisprudencia pero no la comparte, por los motivos que consignó en el salvamento de voto a tal determinación.

En esa sentencia la Corte después de referirse a la obligación constitucional que tiene todo colombiano de prestar el servicio militar y la facultad que tiene el legislador para regularlo, aceptó que dicho servicio fuera prestado por menores de dieciocho años, siempre y cuando se cumplan las normas de protección consagradas en la Convención de los Derechos del Niño, de ahí que en la parte resolutiva se haya consignado: "En relación con los menores de más de 15 años y menores de 18 años se cumplirán las normas de protección consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada en la resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por Colombia (Ley 12 de 1991)"

Veamos cuáles fueron los argumentos que sirvieron de fundamento para llegar a esa conclusión:

"El artículo 45 de la Carta señalado por la accionante, como presuntamente infringido, consagra el derecho del adolescente a la protección y a la formación integral. La norma apunta a obtener del Estado la creación de unos mecanismos de protección y asistencia que defiendan a este colombiano, todavía inexperto y un tanto inerme por su propia edad, contra los riesgos que amenazan su integridad física y su formación intelectual y moral, como la violencia, la corrupción o la explotación económica y sexual. Un mecanismo idóneo para superar las condiciones de crisis que vive nuestra sociedad, violenta e insolidaria, sería ofreciéndole a la juventud mejoras y reales oportunidades para la realización de sus aspiraciones, mediante el diseño y ejecución de planes y programas destinados a lograr de

modo integral su formación intelectual, moral y física, según los valores y principios reconocidos en la Carta Política, que le permitan su realización como persona.

“No podría afirmarse, que la incorporación de un joven al ejército constituya el desconocimiento de su derecho a la educación o a su formación integral, cuando, por el contrario, esa circunstancia contribuye al descubrimiento de valores socialmente enriquecedores que aquilatan y fortalecen su personalidad, como el sentimiento de solidaridad con las instituciones y con la comunidad en la medida en que se convierte en un protagonista de la defensa de la sociedad y de la paz.

“Otro tanto puede decirse en relación con los demás derechos que se estimen violados por la peticionaria, pues es fácil advertir que el servicio militar, como un deber constitucionalmente amparado, no supone la desprotección del conscripto ni un obstáculo para su desarrollo humano, si, como lo enseña el artículo 16 de la Constitución Política, tal derecho no se entiende vulnerado cuando media una limitación impuesta por “el orden jurídico”. De manera que existe estricta concordancia entre la obligación del servicio militar (art. 216) y el derecho que consagra el artículo 16 de la Carta, en la medida en que el orden jurídico no es un límite abusivo del desarrollo de la personalidad.

“Finalmente, es necesario anotar, que si la Constitución atribuyó a la ley, como se ha visto, la facultad de regular todo lo relacionado con la prestación del servicio militar y de establecer los casos generales de exención a tal deber, no resulta, en principio, contrario a la Constitución, que la ley ordene a los bachilleres definir su situación militar una vez concluyan sus estudios, pues ninguna norma de jerarquía constitucional, ha dispuesto que antes de la mayoría de edad no se puede cumplir con dicha obligación.” (Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia No. SU-277/93. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

“Es preciso señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, del 20 de noviembre de 1989, adoptada en la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia (Ley 12/91), expresa una tendencia concordante con lo expuesto: “art. 38. Los Estados partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

“Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades”.

“Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido quince años, pero que sean menores de dieciocho años, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad”.

“Igualmente el artículo 77 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (PROTOCOLO I), revisado en su constitucionalidad por esta Corte mediante sentencias C-574/92 y C-88/93, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón, habiendo sido declarado EXEQUIBLE el Protocolo, sin perjuicio de la INEXEQUIBILIDAD de la Ley 11 de 1992, preceptúa

el citado artículo lo siguiente:

“Artículo 77. Protección de los niños.

“1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten por su edad o por cualquier otra razón.

“2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

“3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del parágrafo 2o., participaran directamente en las hostitilidades niños menores de 15 años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

“4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75.”

“Estas normas de convenios internacionales, ratificados por Colombia, vinculan al Estado conforme lo consagra la C.P. e integran el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a la especial protección que se le otorga a los menores, y especialmente en relación con quienes tienen más de quince (15) años pero son menores de dieciocho (18) años para que, en la prestación del servicio militar y en cuanto a sus riesgos se les reconozca esta especial protección.

“El artículo 14, debe interpretarse en concordancia con el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, que preceptúa la obligación de los colombianos mayores de dieciocho años de definir su situación militar, haciendo igualmente referencia a la excepción que se formula para los estudiantes de bachillerato, la cual tiene su origen en la necesidad prevista por el legislador, de que dichos estudiantes no se vean obligados a truncar sus estudios cuando habiendo cumplido dieciocho años no los hubiesen terminado, casos en los cuales se les prorrogará su período hasta cuando ello ocurra.”

De otra parte, cabe agregar que la Carta Política respondiendo a una concepción contemporánea del Estado no sólo rodea al hombre de garantías para su realización en los distintos ámbitos de la existencia; también le encomienda, “en la dimensión de los deberes autoconstructivos y de las cargas de autobeneficio,”6 el cumplimiento de ciertas obligaciones que siguiendo claros principios de solidaridad y sociabilidad buscan responder eficazmente los retos del desarrollo de la comunidad. El conjunto de deberes genéricos y específicos que se imponen a los colombianos en relación con la fuerza pública son un claro ejemplo de este tipo de cargas encaminadas al mantenimiento del bienestar común.

Por un lado, existe una serie de obligaciones atribuibles a todo ciudadano cuya finalidad es

coincidente con los objetivos propios de las instituciones oficiales y en particular con los de la fuerza pública. “Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales”, “defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica” y “propender al logro y mentenimiento de la paz” son compromisos que deben cumplir todos los asociados y que señala expresamente el orden superior como reglas fundamentales de convivencia -artículo 95 C.P.-

La misma Constitución Política señala de manera concreta, el específico deber de cumplir con el servicio militar defiriendo a la ley la fijación de las condiciones que eximen de su prestación y las prerrogativas que se derivan de su cumplimiento -artículos 216, 217 y 218 C.P.-. Es precisamente con esa finalidad que se expiden normas como las que ahora se estudian.

En ese orden de ideas se ha sostenido, que no resulta, en principio, contrario a la Constitución, “que la ley ordene a los bachilleres definir su situación militar una vez concluyan sus estudios, pues ninguna norma de jerarquía constitucional ha dispuesto que antes de la mayoría de edad no se puede cumplir con dicha obligación”.7

Además, hay que advertir que el servicio militar como deber constitucionalmente amparado, “no supone la desprotección del conscripto ni un obstáculo para su desarrollo humano, si, como lo enseña el artículo 16 de la Constitución Política, tal derecho no se entiende vulnerado cuando media una limitación impuesta por el ´órden jurídico´.”8.

Es más, la misma ley 48 de 1993 establece que los soldados bachilleres -entre quienes se pueden encontrar menores de edad-, no sólo deben recibir la formación militar inherente a su calidad de soldado, sino que deberán ser “instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica.”9

Así, se busca por un lado asegurar que el cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar se articule adecuadamente con los derechos propios del adolescente que deben protegerse, y por otra parte, que con su incorporación al ejército descubra valores socialmente enriquecedores que aquilatan y fortalecen su personalidad, “como el sentimiento de solidaridad con las instituciones y con la comunidad en la medida en que se convierte en un protagonista de la defensa de la paz y de la sociedad.”10

Se reitera con claridad: en el cumplimiento de este tipo de obligaciones se deben respetar rigurosamente los derechos y garantías que la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales ratificados por Colombia garantizan a todos los integrantes de la Fuerza Pública, y que tienen especial campo de aplicación cuando se trata de menores de edad que se incorporan al servicio militar. Se acatan de este modo, no sólo las reglas constitucionales que velan por los derechos de los jóvenes, ni las disposiciones que sobre la materia trae el Código del Menor; sino que también se reafirma el compromiso estatal expresado con la ratificación de la Convención de los derechos del niño (Ley 12 de 1991) y del Protocolo I de la Convención de Ginebra, que prohiben el reclutamiento de menores de 15 años, obligando a

todos los Estados signatarios a “brindar un tratamiento especial a quienes presten el servicio militar siendo mayores de quince pero menores de 18 años en el sentido de no ser enviados a zonas de confrontación militar, ni expuestos a situaciones riesgosas que pongan en peligro sus vidas.”11

Así las cosas, es claro que los menores de edad, mayores de quince años y menores de dieciocho, pueden ser incorporados a prestar el servicio militar, pero no pueden destinarse a actividades relacionadas con los conflictos armados, tampoco pueden participar directamente en las hostilidades, ni ser expuestos a situaciones de peligro que atente contra sus vidas, pues la Constitución ordena su protección en todo momento y lugar, con carácter prevalente (art. 44). Por tanto, las Fuerzas Armadas deben evitar el reclutamiento de tales menores y preferir siempre el alistamiento de los de mayor edad, como lo consagra el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra sobre la protección de las vícitimas de los conflictos armados internacionales y la Convención de los Derechos del Niño, sobre el respeto a las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Conviene insistir también, en que a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales antes citados, no se permite vincular menores de quince años a las fuerzas armadas, lo cual ha sido reafirmado por esta Corporación en las sentencias C-511/94 y SU-200/97.

En conclusión, la Corte considera que con la declaración de exequibilidad de la fracción demandada del artículo 20 de la Ley 48 de 1993 en los términos anteriormente expresados, no se están vulnerando derechos que la Constitución reconoce a todos los asociados, y en particular a los jóvenes que prestan el servicio militar. Simplemente se reitera la jurisprudencia de esta Corporación que busca armonizar el cumplimiento de obligaciones de beneficio colectivo con el respeto de garantías reconocidas a los individuos que atienden un deber constitucional.

1. El Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad

Como la actora pretende atribuir al Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, valor de norma constitucional dictada por el Constituyente originario y, en consecuencia, considera necesario que se confronten también con él las normas demandadas, se procede a analizar esa pretensión.

1. La Constitución colombiana introdujo varias formas de democracia participativa, las cuales enumera en el artículo 103: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. Algunas de ellas fueron incorporadas por el Constituyente como posibles mecanismos para reformar la Carta, v.gr.: el Referendo y la Asamblea Constituyente; se mantuvo además la competencia del Congreso para actuar como Constituyente delegado. (art. 375 C.P.)

2. Ninguna de esas formas se observó en la convocación y en la votación del Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, como se verá en seguida:

El Referendo “Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un

proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente. El Referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local." (art. 3 ley 134/94).

La solicitud para que se someta a Referendo un texto normativo, debe ser presentada ante el Registrador Nacional del Estado Civil por un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del censo electoral nacional, departamental, municipal, distrital o local, según el caso.

El Referendo puede ser aprobatorio o derogatorio. El primero tiene lugar cuando se somete a la aprobación del pueblo un proyecto de acto legislativo, de ley, de ordenanza, de acuerdo o de una resolución local de iniciativa popular que no haya sido adoptada por la corporación pública correspondiente (art. 5 ley 134/94). En el segundo se convoca al pueblo para que decida si deroga alguno de los actos citados, es decir, si una norma debe continuar rigiendo o no (art. 4 ley 134/94).

El Referendo aprobatorio lo consagra la Constitución para los eventos consagrados en los artículos 307, 374 y 377, es decir, para convertir una región en entidad territorial, para reformar directamente la Constitución y para refrendar las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos y garantías a que alude el capítulo I, título II de la Carta, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, siempre y cuando lo solicite, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

El Referendo derogatorio lo consagra la Constitución en el artículo 170, así:

"Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley.

La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral....."

El Referendo no procede respecto de leyes aprobatorias de tratados internacionales, de la ley de presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias (ib)

El Mandato por la Paz, como más adelante se mostrará, no contiene una norma jurídica nueva, ni deroga una norma vigente. Además, no cumple con ninguna de las exigencias constitucionales y legales que regulan el Referendo.

El Plebiscito "Es el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo" (art. 7 ley 134/94).

Por medio del plebiscito el Presidente de la República solicita al pueblo, previo concepto favorable del Senado y la firma de todos los ministros (artículo 104 C.N.), que emita su opinión en favor o en contra de una determinada decisión del Gobierno. La determinación que adopte el pueblo es de carácter obligatorio.

El Mandato por la Paz no fue convocado por el Presidente de la República, no cumplió las exigencias estatuídas para ello y su finalidad no se dirigía a apoyar  o rechazar una decisión gubernamental.

La Consulta Popular se encuentra regulada en el artículo 104 de la Constitución: "El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección." Y en el artículo 105 ib, se autoriza a los Gobernadores y los Alcaldes, para realizar consultas ppopulares sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio, previo el cumplimiento de los requisitos y formalidades consagrados en la ley de organización territorial y en los casos que ésta determine.

La ley estaturia que regula los mecanismos de participación ciudadana, define la consulta popular, así: "Es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto" (art. 8 ley 134/94)

La Consulta Popular puede ser obligatoria o facultativa. Es obligatoria para el ejercicio de las actividades señaladas en los artículos 297, 319 y 321 del Estatuto Superior, esto es, para la formación de nuevos departamentos, la vinculación de municipios a áreas metropolitanas o su conformación, y el ingreso de un municipio a una provincia ya constituída. En los casos en que se requiera consultar la opinión del pueblo sobre asuntos de trascendencia nacional, departamental o municipal distintos a los mencionados, es potestativo de las autoridades señaladas en la norma precitada, utilizar este instrumento de participación ciudadana.

En el Mandato por la Paz, el Presidente de la República no convocó al pueblo para que respondiera una pregunta sobre un asunto determinado de interés nacional, ni se cumplieron las exigencias establecidas en los preceptos constitucionales y legales mencionados, para esta clase de actos.

El Cabildo Abierto "Es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad." (art. 9 ley 134/94)

El Mandato por la Paz no contiene una invitación para debatir en las corporaciones citadas asuntos de interés para la comunidad.

La Asamblea Constituyente se encuentra regulada en el artículo 376 de la Constitución, así : "Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso

podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca a una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine."

El Mandato tampoco contiene una convocación para conformar una Asamblea Constituyente encargada de reformar la Constitución.

El Acto Legislativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 375 de la Constitución, debe ser tramitado "en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara."

El Mandato por la Paz, como claramente se advierte, no es un Acto Legislativo pues éste debe ser expedido por el Congreso de la República previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución.

3. Si a la Corte se le confía la guarda de la integridad de la Constitución y, en consecuencia, se le confiere competencia para ejercer control formal sobre esos mecanismos (arts 241 y 379 C.P.), hace parte de su tarea verificar si las manifestaciones del Constituyente se han producido dentro de la formas predeterminadas por la propia Carta como adecuadas para su reforma. El Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, como ya se anotó, no encaja dentro de ninguna de las instituciones antes señaladas. Ninguna de las ritualidades preestablecidas se observó en su producción.

4. Ahora bien: si se arguye que no actuó el pueblo como Constituyente delegado, sino originario, se estaría entonces frente a un hecho producido por fuera de las formas previstas en la misma Constitución para su reforma, que son solamente las que se enunciaron en párrafos anteriores.

Pero aún si, en gracia de discusión, se llegara a aceptar que esa voluntad mayoritaria del electorado hay que interpretarla como una manifestación incondicionada y soberana del Constituyente originario (no sujeto a formas predeterminadas), que escapa a todo control de cualquier poder constituído, el problema sería entonces: ¿Cómo saberlo? ¿Qué criterio objetivo de identificación podría usarse para llegar responsablemente a esa conclusión? So pretexto de verificar la existencia de nuevas normas constitucionales ¿no estaría creándolas la Corte y, en consecuencia, subrogándose al Constituyente originario?

4.1 En la convocación para votar por el Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, no se le comunicó inequívocamente al electorado que el objetivo era reformar la Constitución. Y si así no se hizo, ¿cómo sostener hoy que se ha reformado el Estatuto Supremo, por voluntad del pueblo, cuando éste desconocía tal finalidad?

4.2 Del contenido del Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, no es posible deducir el sello de la normatividad. Veamos el texto:

“VOTO POR

LA PAZ,

Y LA LIBERTAD.

“Me comprometo a ser constructor de Paz y Justicia Social, a proteger la vida y a rechazar toda acción violenta y acojo el Mandato de los Niños por la Paz.

Exijo a los actores del conflicto armado:

NO MAS GUERRA: resuelvan pacíficamente el conflicto armado.

NO MAS ATROCIDADES: respeten el Derecho Internacional Humanitario.

* No vinculen menores de 18 años a la guerra.

* No asesinen.

* No secuestren personas.

* No desaparezcan personas.

* No ataquen a la población ni la desplacen por la fuerza.

* No vinculen civiles al conflicto armado.”

Si estos deseos fueran normas jurídicas ¿Cómo determinar, y quién debe hacerlo, cuál es la nueva normatividad constitucional vigente? ¿Cuántas y cuáles normas de la Constitución de 1991 quedaron modificadas y cuáles sin ningún valor? v.gr.: ¿pueden seguir siendo llamados los ciudadanos a tomar las armas en defensa de la patria dentro de las nuevas pautas radicalmente pacifistas, o el artículo 216 de la Constitución Política ha quedado sin vigencia?

Expresiones como: “NO MAS GUERRA: resuelvan pacíficamente el conflicto armado”, “NO MAS ATROCIDADES: respeten el Derecho Internacional Humanitario”, “No asesinen”, No secuestren personas”, “No desaparezcan personas”, “No ataquen a la población ni la desplacen por la fuerza”, son exhortaciones angustiosas a que cese el deplorable estado de cosas que venimos padeciendo y que, precisamente, fue factor decisivo en la convocación de la Asamblea Constitucional de 1991. Con la esperanza de que esa terrible situación cesara se aprobó la nueva Norma Fundamental que hizo de la paz su axioma básico.

Ese es sin duda un deseo generalizado que el “Voto por la Paz, la Vida y la Libertad” ratificó de manera elocuente y que, por tanto, debe entenderse como un llamado reiterativo a que la normatividad superior se haga derecho en acción y no como una reforma de la misma.

¿Cómo podría razonablemente atribuírsele alcance de reforma constitucional a directivas como “No asesinen”, “No secuestren personas”, “No ataquen a la población ni la desplacen

por la fuerza”, cuando precisamente ellas podrían condensarse en ésta: obedezcamos la Constitución que condena esos comportamientos atroces?

Sólo dos de los pronunciamientos que se consignaron en la papeleta del Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad” (el primero y el último) se aproximan, por lo específico y lo concreto de su contenido, a lo que pudiera considerarse normas aptas para conformar una Constitución o un estatuto legal. Tales son, en su orden:

1. No vinculen menores de 18 años a la guerra.

1. No vinculen civiles al conflicto armado.

Conforme al fallo referido, la situación actual de los menores es ésta: los bachilleres menores de 18 años y mayores de 15, pueden ser incorporados a filas, pero no pueden ser destinados a zonas de orden público, ni expuestos al combate. En caso de que haya necesidad de reclutarlos se deberá preferir siempre a los de mayor edad. Y los menores de 15 años no pueden ser reclutados bajo ninguna consideración.

Esto, desde luego, en lo que dice relación con las Fuerzas Armadas del Estado, pues en lo relativo a los cuerpos armados irregulares (grupos subversivos y paramilitares), el pronunciamiento no puede tener un sentido distinto al de un llamado angustioso a que su acción delictiva (es decir: objeto de sanción penal), sea menos inclemente y se atenga al menos a un contenido normativo mínimo como el del Derecho Internacional Humanitario.

Y algo similar puede decirse del último. En él hay un claro repudio a instituciones como las Cooperativas de Seguridad y Vigilancia (las llamadas “Convivir”) sobre cuya existencia también tuvo ya la Corte ocasión de pronunciarse. Aunque el fallo fue de constitucionalidad, quedó condicionada su legalidad al cumplimiento riguroso de directrices que se indican en la sentencia, so pena de quedar sujetas, las personas que las integran, al régimen penal consagrado para quienes se asocian con el propósito de cometer hechos delictivos.

Un nuevo examen de la normatividad que rige esas instituciones, sólo sería viable, si se pudiera considerar que “El Mandato por la Paz”, introdujo reformas a la Constitución del 91, lo que a juicio de la Corte no ha ocurrido, por las razones que acaban de exponerse.

En síntesis, considera la Corte que el Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, es una exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que conformen su acción y su conducta a los principios políticos consignados en el Preámbulo y muy específicamente a la directriz contenida en el artículo 22, que prescribe: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.”

Tal deseo, respaldado por una votación tan significativa, tiene un indudable valor político y un fuerte contenido moral, y debe obrar a modo de pauta orientadora de la actividad

legislativa, gubernativa y judicial, lo mismo que de propósitos y metas de los ciudadanos, pero no es posible, constitucionalmente, erigirlo en parámetros obligados para confrontar con ellos el contenido de las leyes, mucho menos si éstas son anteriores a él y han sido ya objeto de análisis y de pronunciamiento de constitucionalidad por parte de la Corte.

Para concluir considera la Corporación que no le asiste razón a la demandante, pues el Mandato por la Paz, la Vida y la Libertad, por las razones que se dejan expuestas, no es una norma jurídica y, mucho menos, puede considerarse como un acto reformatorio de la Constitución.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional, actuando en nombre el pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Primero.- Declarar EXEQUIBLE en los términos de esta sentencia, el parágrafo del artículo 20 de la Ley 48 de 1993, que prescribe: "…salvo las excepciones establecidas en la presente ley para los bachilleres."

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-339/98

MANDATO POR LA PAZ-Naturaleza (Salvamento de voto)

Aunque, desde el punto de vista formal, el “Mandato por la paz, la vida y la libertad” no es una norma jurídica ni tampoco un precepto constitucional, ni una reforma de la Carta, materialmente corresponde a una decisión del pueblo, cuyo significado y proyecciones equivalen a la formulación de postulados y valores de rango constitucional, como los que consignan el Preámbulo de la Carta y la parte dogmática de la misma, adoptada con una votación que superó inclusive, y con mucha ventaja, las que precedieron a la adopción de la Constitución de 1991. Me niego a aceptar que, por no presentar la forma externa de una disposición -lo cual tampoco puede predicarse de todo el contenido del Mandato, algunas de cuyas proposiciones son claramente imperativas (Ej.: “No vinculen menores de 18 años a la guerra”; “No vinculen civiles al conflicto armado”)-, o por no haberse seguido los trámites propios de las reformas constitucionales, lo aprobado por el pueblo carezca de toda fuerza vinculante y pueda verse apenas como simple “deseo”, susceptible de ser frustrado precisamente por la renuencia de las autoridades a reconocerle eficacia. No estando demandado ante la Corte el Mandato por la paz, ella carecía de competencia para pronunciarse acerca de la validez constitucional de los trámites previos a su formulación.

MANDATO POR LA PAZ-No tiene valor político/MANDATO POR LA PAZ-Carácter imperativo (Salvamento de voto)

A mi juicio, no son compatibles las afirmaciones de la Corte acerca de que el Mandato “tiene un indudable valor político” y es una exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que “conformen su acción y su conducta” a unos determinados principios, con la decisión adoptada. En mi concepto, lo manifestado por el pueblo con indudable carácter imperativo, aunque no tenga la estructura formal de la norma jurídica, debe tomarse como criterio de interpretación de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico. Por provenir del titular del poder soberano y no de un órgano constituido, el Mandato condiciona la actividad y la gestión del aparato estatal y no solamente “puede” sino que “debe” ser tenido en cuenta para la adopción de sus decisiones, inclusive las que corresponden al legislador y las que competen a esta Corte. Desde luego, el Mandato estaba llamado a obligar también a los particulares y con mayor razón a todos aquellos que, en una u otra posición, toman parte en el conflicto armado que afecta a la República. De allí que comparta

con la demandante el criterio de que dicho acto modificó, si no la Carta Política, cuando menos los enfoques con los que ella se venía aplicando, especialmente en lo relacionado con el crudo enfrentamiento armado, de muy diverso origen, que se desarrolla dentro del territorio nacional.

Referencia: Expediente D-1927

Con el acostumbrado respeto, salvo mi voto en el asunto de la referencia.

La Corte ha desechado uno de los cargos primordiales de la demanda -el de violación del "Mandato por la paz, la vida y la libertad", aprobado por el pueblo en las elecciones del 26 de octubre de 1997-, argumentando que aquél "no es una norma jurídica y, mucho menos, puede considerarse como un acto reformatorio de la Constitución".

Básicamente, la Corte llega a esa conclusión a partir del hecho de que la votación efectuada respecto del texto del Mandato se cumplió sin que ella hubiese estado precedida por los trámites que la Constitución y la Ley Estatutaria 134 de 1994 han contemplado para modificar la Carta Política.

Además -asevera la Corte-, "si se arguye que no actuó el pueblo como Constituyente delegado, sino originario, se estaría entonces frente a un hecho producido por fuera de las normas previstas en la misma Constitución para su reforma…".

Dice la Corporación, adicionalmente, que aun si, en gracia de discusión, se llegara a aceptar que la voluntad mayoritaria del electorado hay que interpretarla como una manifestación incondicionada y soberana del Constituyente originario (no sujeta a formas predeterminadas), que escapa a todo control de cualquier poder constituido, no existiría un criterio objetivo para identificar esa voluntad constituyente y que, si la Corte la reconociera, estaría creando nuevas normas constitucionales so pretexto de verificar su existencia.

También señala que en el "Mandato por la paz, la vida y la libertad" no hay un "sello de normatividad"; y que en él solamente se encuentran "deseos" que no son normas jurídicas; "exhortaciones angustiosas", a las cuales, según el criterio de la Corte, debe entenderse como "un llamado reiterativo a que la normatividad superior se haga derecho en acción y no como una reforma de la misma" (subrayado en el texto original).

En suma, la Corte considera que el Mandato "es una exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que conformen su acción y su conducta a los principios políticos consignados en el Preámbulo y muy específicamente a la directriz contenida en el artículo 22" de la Constitución, y que "tal deseo, respaldado por una votación tan significativa, tiene un indudable valor político y un fuerte contenido moral, y debe obrar a modo de pauta orientadora de la actividad legislativa, gubernativa y judicial, lo mismo que de propósitos y metas de los ciudadanos, pero no es posible, constitucionalmente, erigirlo en parámetros obligados para confrontar con ellos el contenido de las leyes, mucho menos si éstas son anteriores a él y han sido objeto de análisis y de pronunciamiento de constitucionalidad por parte de la Corte".

Mis discrepancias con la tesis mayoritaria son las siguientes:

1. Aunque, desde el punto de vista formal, el “Mandato por la paz, la vida y la libertad” no es una norma jurídica ni tampoco un precepto constitucional, ni una reforma de la Carta, materialmente corresponde a una decisión del pueblo, cuyo significado y proyecciones equivalen a la formulación de postulados y valores de rango constitucional, como los que consignan el Preámbulo de la Carta y la parte dogmática de la misma, adoptada con una votación que superó inclusive, y con mucha ventaja, las que precedieron a la adopción de la Constitución de 1991 (27 de mayo y 9 de diciembre de 1990).

Me niego a aceptar que, por no presentar la forma externa de una disposición -lo cual tampoco puede predicarse de todo el contenido del Mandato, algunas de cuyas proposiciones son claramente imperativas (Ej.: “No vinculen menores de 18 años a la guerra”; “No vinculen civiles al conflicto armado”)-, o por no haberse seguido los trámites propios de las reformas constitucionales, lo aprobado por el pueblo carezca de toda fuerza vinculante y pueda verse apenas como simple “deseo”, susceptible de ser frustrado precisamente por la renuencia de las autoridades a reconocerle eficacia.

En efecto, en cuanto a lo primero, lo decidido por el titular de la soberanía en nuestra democracia -el pueblo- no tiene que consignarse forzosamente en un cartabón formal ni debe incluirse siempre como artículo nuevo y numerado dentro de la Constitución para ser obligatorio. Me pregunto si, en el supuesto de haber introducido el pueblo, en términos parecidos a los del Mandato y con el mismo procedimiento ahora seguido, una proposición que acogiera determinada pena -como la de muerte- para ciertos delitos, o que ordenara la supresión de cierta institución, el fondo y el espíritu de la decisión popular tendrían también que ser sacrificados en aras de la forma de su expresión literal.

En lo que hace a lo segundo, no estando demandado ante la Corte el Mandato por la paz, ella carecía de competencia para pronunciarse acerca de la validez constitucional de los trámites previos a su formulación.

Pero, además, con independencia de la constitucionalidad de los procedimientos seguidos, existe un hecho político innegable y tozudo: la adopción de unas ciertas decisiones por el pueblo, a las que esta Corte no debe despojar de su fuerza vinculante, que no la tienen por razón de los trámites de índole formal que las antecedieron, sino por provenir del titular del poder soberano.

No pretendo sostener que al votar el Mandato por la paz se haya reformulado en su integridad y con carácter primario toda la Constitución Política. Simplemente digo que el pueblo soberano dispuso unas reglas que, con independencia de los procedimientos formales previos, provienen de él y por tanto implican una nueva lectura de la normatividad constitucional en las materias a las que quiso referirse.

Guardadas proporciones, puede aquí afirmarse lo que en su momento sostuvo la Corte Suprema de Justicia en memorable Sentencia del 9 de junio de 1987 (M.P.: Dr. Hernando Gómez Otálora), aprobada por unanimidad de sus magistrados:

“La Nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura

política fundamental.

Cuando se apela a la Nación y ésta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aun en el caso de posibles violaciones del orden precedente por parte de quienes hubieren convocado al constituyente originario, la manifestación de éste hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria".

Quien puede lo más puede lo menos, y es evidente que si le es posible al pueblo, sin ataduras formales previas, modificar la totalidad de la Constitución, con mayor razón está en sus manos establecer cláusulas interpretativas de forzoso acatamiento sobre el alcance de las normas que la integran y que se proyectan a todo el sistema jurídico.

2. A mi juicio, no son compatibles las afirmaciones de la Corte acerca de que el Mandato "tiene un indudable valor político" y es una exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que "conformen su acción y su conducta" a unos determinados principios, con la decisión adoptada. Esta declara exequible un precepto que a su vez deja abierta la posibilidad de que la ley consagre excepciones (norma en blanco) a la regla según la cual los conscriptos sólo pueden incorporarse al servicio militar a partir de su mayoría de edad, cuando el Mandato señala de manera terminante: "No vinculen menores de 18 años a la guerra".

3. No se me oculta que la Constitución ha previsto unas modalidades para reformar sus preceptos, y unos determinados requisitos y procedimientos que deben ser examinados por esta Corte si el acto respectivo, cualquiera que sea su origen, es demandado (art. 241, numeral 1, C.P.).

Pero debo repetir, además de subrayar el contrasentido que representaría el que un órgano constituido pudiera revisar y aun declarar la inexequibilidad de un acto político ya adoptado por el pueblo, que la Corte sólo adquiere competencia para definir si esos procedimientos y requisitos se han cumplido o no, en el caso específico de un acto reformatorio de origen no popular, cuando ante ella acude cualquier ciudadano para pedir que se declare su inexequibilidad.

Entonces, no puedo estar de acuerdo en que la Corporación, a propósito de una demanda contra normas legales que la actora consideró contrarias al acto denominado "Mandato por la paz, la vida y la libertad", aun aceptando en gracia de discusión que la Corte tuviese competencia respecto de él, haya entrado a definir de una vez que no cumplió los requisitos de forma exigidos para entender que se trataba de una modificación constitucional.

Pero, aparte de esa circunstancia, es mi criterio el de que, si las autoridades electorales accedieron a contabilizar los votos que fueron depositados por los ciudadanos en la fecha en que se aprobó el aludido Mandato, aunque pensaran que no se estaba reformando la Constitución, ni tampoco provocando una decisión popular a cuyo tenor debiera ella interpretarse y aplicarse, tuvieron que comprender que algún valor, más allá del deseo y de la opinión personal de los votantes, habría de tener lo que se decidiera, con efectos en el mundo del Derecho y no como débil llamado de buena voluntad, si el pueblo acogía la

propuesta. En la Constitución se plasma el principio de la buena fe, que a mi juicio ha debido ser aplicado por los órganos constituidos en favor del pueblo, titular de la soberanía, para no crearle la falsa expectativa según lo cual lo que resolviese sería un mandato, si después le iba a decir -como le dice ahora la Corte- que nada mandó, que nada dispuso, que nada ordenó, sino que apenas expresó unas aspiraciones y unas exhortaciones que las ramas y órganos del poder público y los actores del conflicto armado podrán cumplir o no cumplir, como su gusto se lo indique, pues las expresiones de la voluntad popular carecen de toda fuerza vinculante.

En mi concepto, lo manifestado por el pueblo con indudable carácter imperativo, aunque no tenga la estructura formal de la norma jurídica, debe tomarse como criterio de interpretación de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico. Por provenir del titular del poder soberano y no de un órgano constituido, el Mandato condiciona la actividad y la gestión del aparato estatal y no solamente "puede" sino que "debe" ser tenido en cuenta para la adopción de sus decisiones, inclusive las que corresponden al legislador y las que competen a esta Corte. Desde luego, el Mandato estaba llamado a obligar también a los particulares y con mayor razón a todos aquellos que, en una u otra posición, toman parte en el conflicto armado que afecta a la República.

De allí que comparta con la demandante el criterio de que dicho acto modificó, si no la Carta Política, cuando menos los enfoques con los que ella se venía aplicando, especialmente en lo relacionado con el crudo enfrentamiento armado, de muy diverso origen, que se desarrolla dentro del territorio nacional.

Por lo tanto, en el examen de constitucionalidad de la norma impugnada, no podía dejar de ser considerada su innegable incidencia.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha, ut supra.

SERVICIO MILITAR POR MENOR DE EDAD-Prohibición absoluta/DERECHO A LA VIDA DEL MENOR-Envío a zonas de combate (Salvamento de voto)

Considero que se debió declarar inexequible la expresión acusada, en el entendido de que ningún menor de edad puede ser incorporado a filas, en el actual contexto de guerra que se vive en importantes porciones del territorio nacional. Una de las características más importantes del conflicto armado colombiano es que se trata de una guerra irregular, en donde es muy difícil delimitar con precisión cuáles son los escenarios de combate, puesto que las confrontaciones surgen en cualquier momento y en cualquier lugar. Por ende, cuando se incorpora a un menor a la Fuerza Pública se lo está involucrando en cierta medida en el combate, puesto que se convierte en un uniformado, al servicio de las Fuerzas Armadas, esto es, al servicio de una de las partes en el conflicto armado que vive el país. La expresión acusada me parece entonces inconstitucional, por cuanto en el contexto del conflicto armado colombiano, la prestación del servicio militar de los menores de 18 años implica un riesgo desproporcionado a sus derechos a la vida y a la integridad personal, derechos que tienen

una protección preferente en la Carta, pues ésta señala que los derechos de estas personas prevalecen sobre los derechos de los demás.

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA-Justificación (Salvamento de voto)

Un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho. Ahora bien, creo que en el presente caso, los argumentos que justifican un cambio de jurisprudencia son poderosos, puesto que se trata nada más y nada menos que de la protección a la vida y a la integridad personal de los menores. En cambio, el costo en términos de seguridad jurídica no es excesivo, puesto que la variación de la jurisprudencia en este punto no afecta en forma grave el tráfico jurídico, puesto que no implica la imposición retroactiva de cargas a una determinada persona sino simplemente la protección inmediata de los derechos de los menores. Por todo ello creo que la expresión acusada debió ser retirada del ordenamiento.

Referencia: Demanda ciudadana contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 48 de 1993

Con mi acostumbrado respeto, me veo obligado a apartarme de la presente sentencia, en virtud de la cual la Corporación declaró la exequibilidad condicionada del aparte acusado del artículo 20 de la Ley 48 de 1993, el cual permite la vinculación al servicio militar de bachilleres que sean menores de edad. La sentencia considera que la norma es exequible, aunque únicamente en determinadas condiciones, a saber: de un lado, que ningún menor de quince años puede ser incorporado a las filas; de otro lado, que los mayores de quince y menores de 18 años pueden ser llamados a filas, siempre y cuando no sean enviados directamente a combates ni expuestos a situaciones de peligro que pongan en riesgo su vida; y, tercero, que es deber de las Fuerzas Armadas evitar al máximo el reclutamiento de los menores, por lo cual se debe recurrir en primer término al alistamiento de aquellas personas que ya hayan llegado a la mayoría de edad.

Estas precisiones me parecen muy importantes, y por ello en el pasado voté favorablemente decisiones de la Corte en donde se hacían consideraciones semejantes. En especial, considero que la sentencia SU-200 de 1997, en donde se señalan los mismos requisitos para proteger a los adolescentes que se encuentran en filas, representa una garantía importante para los menores, por lo cual la voté favorablemente. Sigo considerando, como lo dice esa providencia, que el Estado “atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando envía soldados menores de edad a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando envía a los soldados mayores de edad, sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas especialmente conocidas por la presencia de grupos guerrilleros” Sin embargo, una reflexión más profunda sobre el tema y la propia intensificación del conflicto armado colombiano me

obligan a distanciarme de la presente decisión de la Corte pues considero que se debió declarar inexequible la expresión acusada, en el entendido de que ningún menor de edad puede ser incorporado a filas, en el actual contexto de guerra que se vive en importantes porciones del territorio nacional. Dos son las razones que me llevan a sostener que la Corte debió variar su jurisprudencia en este aspecto.

De un lado, en los salvamentos a las sentencias SU-277 de 1993 y C-511 de 1993, que suscribí con los magistrados Cifuentes y Gaviria, sostuvimos que era inconstitucional obligar a prestar el servicio militar a un menor por cuanto esa medida afectaba desproporcionadamente su libre desarrollo de la personalidad así como la unidad familiar. Además, considero que la incorporación a filas de los menores es francamente contradictoria, pues el ordenamiento sólo reconoce autonomía suficiente para ser ciudadano y votar a aquel colombiano que haya cumplido 18 años, pero se admite que se obligue a prestar el servicio militar a quien es menor de esa edad. Esto significa que para poder ser un ciudadano desarmado y ejercer los derechos políticos, el ordenamiento exige que se cumplan los 18 años, mientras que basta tener 15 años para que se pueda obligar a un bachiller a ser un ciudadano en armas, pues eso significa en una democracia ser un soldado. Por todo ello, sigo pensando que en general es inconstitucional obligar a un menor a prestar el servicio militar, por lo cual considero que los argumentos sostenidos en los salvamentos a las referidas sentencias siguen teniendo plena validez.

Con todo, las anteriores reflexiones no son los únicas que me llevan a apartarme de la presente decisión de la Corporación. Según mi criterio, la Corte intenta proteger la vida de los menores, en desarrollo de los mandatos sobre la materia previstos por la Carta y por los instrumentos internacionales de derecho humanitario, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo cual las exigencias que establece la sentencia son importantes. Sin embargo, el interrogante que surge es el siguiente: ¿esas restricciones son suficientes para proteger a un menor incorporado a la Fuerza Pública, en un contexto como el colombiano en donde el conflicto armado interno desafortunadamente ha aumentado en intensidad? Y la respuesta es negativa, por cuanto una de las características más importantes del conflicto armado colombiano es que se trata de una guerra irregular, en donde es muy difícil delimitar con precisión cuáles son los escenarios de combate, puesto que las confrontaciones surgen en cualquier momento y en cualquier lugar. Por ende, cuando se incorpora a un menor a la Fuerza Pública se lo está involucrando en cierta medida en el combate, puesto que se convierte en un uniformado, al servicio de las Fuerzas Armadas, esto es, al servicio de una de las partes en el conflicto armado que vive el país.

Con lo anterior no quiero decir que el simple hecho de pertenecer a la Fuerza Pública convierte a un persona en combatiente y objetivo militar, en los términos del derecho internacional humanitario, puesto que la definición de combatiente es restrictiva. En efecto, conforme a las normas humanitarias, y en especial a los artículos 50 y 43 del protocolo I, los combatientes son quienes participan directamente en la hostilidades, por ser miembros operativos de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Además, como lo señala el artículo 50 de es mismo Protocolo, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Ella no podrá ser entonces objetivo militar. Por ende, en principio alguien que haga parte de la Fuerza Pública pero no sea un miembro operativo de la misma, no es, en estricto sentido, un combatiente,

por lo cual muchos menores podrían prestar su servicio sin ser combatientes. Sin embargo, la anterior distinción es demasiado sutil, por lo cual los riesgos que corren los menores en filas son excesivos.

La expresión acusada me parece entonces inconstitucional, por cuanto en el contexto del conflicto armado colombiano, la prestación del servicio militar de los menores de 18 años implica un riesgo desproporcionado a sus derechos a la vida y a la integridad personal, derechos que tienen una protección preferente en la Carta, pues ésta señala que los derechos de estas personas prevalecen sobre los derechos de los demás (CP art. 44). Por ello creo que la Corte debió variar su doctrina constitucional en este punto.

Es cierto que todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Sin embargo, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional no deben ser sacralizados, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias. Las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho. Ahora bien, creo que en el presente caso, los argumentos que justifican un cambio de jurisprudencia son poderosos, puesto que se trata nada más y nada menos que de la protección a la vida y a la integridad personal de los menores. En cambio, el costo en términos de seguridad jurídica no es excesivo, puesto que la variación de la jurisprudencia en este punto no afecta en forma grave el tráfico jurídico, puesto que no implica la imposición retroactiva de cargas a una determinada persona sino simplemente la protección inmediata de los derechos de los menores. Por todo ello creo que la expresión acusada debió ser retirada del ordenamiento.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

1 Sentencia C-397 de 1995.

2 Sentencia C-327 de 1997.

3 Ibidem.

4 En aquella oportunidad, y siguiendo la jurisprudencia de la Corporación en materia de cosa juzgada, la Corte no delimitó el alcance de su pronunciamiento y por lo tanto el referido fenómeno de la cosa juzgada tiene carácter absoluto.

5 M.P. Fabio Morón Díaz

7 La sentencia C-511 de 1994 declara exequibles los artículos 10 y 14 de la Ley 48 de 1993. En este fallo se reitera la jurisprudencia acogida por la Corte en la sentencia SU-277 de 1993.

8 Ibidem.

9 Cfr. Artículo 13 de la Ley 48 de 1993.

10 Cfr. Sentencia SU-277 de 1993.

11 Ver resolución tercera de la sentencia T-511 de 1994.